الدكتور محمد أحمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

ضمان العدوان في الفقه الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسئولية التقصيرية في القانون

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

ضمان العدوان
في الفقه الإسلامي

الطبعة الأولى
1414 هـ ـ 1993 م

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع
بيروت ـ الحمرا ـ شارع اميل اده ـ بناية سلام
هاتف : 802428 -802407 -802296
ص. ب : 113/ 6311 ـ بيروت ـ لبنان
تلكس : 20680- 21665 LE M.A.J.D

تقديم

مجال هذه الدراسة هو النظر في موضوع الضمان الناشىء عن التعدي بارتكاب فعل غير مشروع ضار بالغير في مصلحة من المصالح التي تتعلق ببدن هذا الغير أو ماله أو أي حق من حقوقه. والهدف المقصود من هذا النظر هو بيان القواعد والمفاهيم التي اعتمد عليها فقهاء الشريعة في أحكامهم على هذه الأفعال الضارة أو غير المشروعة مع عقد مقارنة بين هذه القواعد والمفاهيم من جهة وبين مقابلها القانوني من جهة أخرى. ولعل في ذلك ما يساعد على التعريف بحقيقة الثروة التشريعية العظيمة التي دونها أسلافنا اعتماداً على المبادىء الخالدة لمصدري الشريعة: القرآن الكريم والسنة النبوية. لقد أرسى هذان المصدران مبدأ مسئولية كل إنسان عن فعله، وأوجبا رفع الضرر بجميع أنواعه، وحددا وسائل رفع الضرر فاستطاع الفقهاء المسلمون بالبناء على ذلك التوصل إلى قواعد الضمان على نحو لم يتيسر لغيرهم إلا في العصر الحديث بعد الاطلاع على ما جادت به قرائح الفقهاء المسلمين. وللدلالة على سبق الإسلام في هذا المجال تكفي الإشارة إلى اعتراف الفقه الإسلامي بالصدمة العصبية Nervous Shock والتعسف في استعمال الحق Abuse of Right والإزعاج Nuisance والإهمال Negligence أسباباً توجب الضمان في حين أن القانون الانجليزي على سبيل المثال لم يصل إلى هذه المفاهيم إلا في العصر الحديث.

والمأمول أن تيسر هذه المقارنة على القانونيين المسلمين تقدير هذه الثروة التشريعية والعمل على تطبيقها والاستمداد منها حتى يقوموا بواجبهم في الاحتكام إلى شرع الله عز وجل وفي قيادة أمتهم إلى تحقيق التغيير التشريعي المنشود. ومن حق الباحث في الفقه الإسلامي وواجبه في الوقت نفسه أن يتطلع إلى الفوائد العملية التي يحققها بحثه. ومن الواجب كذلك أن يتعاون كل من طلاب الفقه الإسلامي وطلاب القانون على حل «المشكلة القانونية والتشريعية» التي يواجهها العالم الإسلامي في أيامنا هذه. وتتمثل هذه المشكلة من الوجهة الاعتقادية في أن المسلمين يحتكمون إلى قانون يخالف ما توجبه عليهم عقيدتهم، ومن الوجهة الحضارية في عجز هذا القانون بجموده وغرابته عن تأييد تطلعات الأمة الإسلامية إلى التقدم. لقد فرض الغرب على الأمة الإسلامية هذه القوانين بحد السيف، لا حباً فينا بل عملاً على إضعافنا. وقد آن الأوان للتخلص من هذا الذي فرض علينا.

ولا شك في أهمية موضوع الضمان في أي نظام تشريعي، لا من حيث كونه سبباً في شغل الذمة بحق للغير فحسب، بل ولتأثيره في تنظيم السلوك في المجتمع وحفظ الحقوق والمصالح الخاصة وإقامة العدالة الاجتماعية. وهذا هو الذي يلتفت إليه أبو محمد بن غانم البغدادي[1] الذي عاش في القرن الحادي عشر الهجري (السابع عشر الميلادي) في صدر كتابه مجمع الضمانات في مذهب أبي حنيفة الذي يعد أول كتاب ألف في هذا الموضوع في العالم، حيث يقول: «معرفة مسائل الضمانات من أهم المهمات، إذ أكثر المنازعات فيها تقع والخصومات. وخصوصاً من تقلد القضاء والإفتاء فهي في حقه فرض بلا امتراء، فإن الخطأ فيها يورث حزناً طويلاً. . ثم لا يخفى وجوب معرفتها على كل مسلم يخاف على دينه ويخشى مقام ربه ليحترز عما يترتب عليه بسببه حق من حقوق العباد، فإنها إذا وجبت في الذمة لا يبرأ عنها إلا بالإبراء والاستحلال وطلب الرضا فيما له وما لها. نسأل الله العصمة عنها وعن وبالها»[2]. ومن هنا فإن أهمية موضوع الضمان ترجع إلى كثرة المنازعات والخصومات المتعلقة بأحكامه، ولذا وجبت معرفة القاضي بهذه الأحكام. وترجع هذه الأهمية كذلك إلى طبيعة المصالح التي يحميها نظام الضمان، ولذا يؤدي خطأ القاضي فيها إلى حزن المتقاضي. ومن جهة أخرى فإن معرفة أحكام الضمان واجبة على المسلم ليبتعد عن السلوك الذي يوجبه، وليفي بما وجب عليه في ذمته تجاه غيره.

وقد زادت أهمية نظام الضمان في العصر الحديث لتزايد أعداد الحوادث والإصابات، وتعقد الحياة الاجتماعية وكثرة مشاكلها، وتنوع الأضرار المحتملة الوقوع في هذا السياق العام، ولذا تكثر القضايا المنظورة أمام المحاكم مما يتعلق بهذا النظام. يدل على ذلك تقرير Pearson الذي صدر عام 1977، حيث جاء فيه أن عَدَدَ مَنْ أصيبوا في بريطانيا في عام واحد يقرب من ثلاثة ملايين، وأن من تقاضوا منهم تعويضات بفضل نظام الضمان يقرب من مائتي ألف، بخلاف تلك التعويضات التي تصرف لهم تحت مظلة التأمينات الاجتماعية[3]. ويبلغ عدد القضايا المنظورة أمام المحاكم البريطانية مما يتعلق بضمان التعدي ما يقرب من مائتين وخمسين ألفاً، تحكم المحاكم بالتعويض في أكثر من 85 % من هذه القضايا[4]. ويقطع ذلك بوجوب الاهتمام بهذا الموضوع وفهم مبادئه الشرعية والفقهية والاستمداد من هذه المبادىء في صياغة إطار قانوني يحمي المصالح الخاصة ويرفع الضرر عن المظلومين ويحمل على الظلمة نتيجة ظلمهم، فإنهم أحق بالحمل عليهم، كما هي القاعدة الفقهية. ولا شك في أن العالم الإسلامي في أمس

---

(1) معجم المؤلفين ١١١/١١.

(2) مجمع الضمانات: 2.

(3) Dias and other, Tort Law, P .1.

(4) Tort: Cases and Material, Mathew P.21.

الحاجة إلى نظام شرعي للضمان ينبني على عقائد الناس ويستحث ضمائرهم على العمل بأحكامه؛ فإن النظم القانونية السائدة في العالم الإسلامي منفصلة عن ضمائر الخاضعين لها، وهي لذلك غير قادرة على التأثير فيهم، والنتيجة هي ما نشاهده في التطبيق العملي لأحكام الضمان أو المسئولية المدنية Civilliability من بطء في التقاضي وارتفاع تكلفته على المتقاضين وصعوبة الانتصاف من المعتدين. وبذلك أصبح تأثير نظام الضمان على الضبط الاجتماعي للسلوك محدوداً، بل لا يكاد يحس. وعلى سبيل المقارنة فإن العالم الغربي يسعى إلى زيادة تأثير هذا النظام وفاعليته في تحقيق الأهداف المرجوة منه عن طريق تشكيل اللجان المتخصصة وإعمال مقرراتها والبحث في أوجه المشكلات التي يواجهها التطبيق العملي، ويوجهون لقوانينهم في هذا الشأن أسئلة جادة. أما نحن ففي غفلة تامة عن دراسة الضمان في شريعتنا الإسلامية والتعرف على ما يجري في الواقع العملي بصدد تطبيقاته. والنتيجة فساد في الفهم وفساد في التطبيق، حتى إن الاتجاه العام في مجتمعنا ينفر من التعويض المادي عن الضرر الذي يحدثه أحدنا لغيره بعدوانه أو خطئه. ومن الشائع في ظل هذا الفهم أن يفر المخطىء بخطئه وألا يؤاخذ بذنبه. وهذا هو الواقع المشاهد.

ويُوَاجَهُ الباحث لهذا الموضوع بصعوبات كثيرة، من بينها عدم توافر الدراسات الفقهية المتعلقة بجوانبه فيما عدا كتاب الضمان الذي كتبه المرحوم الشيخ عليّ الخفيف ونشره عام 1973، وكذلك كتاب الدكتور وهبة الزحيلي في الموضوع نفسه الذي نشره عام 1389-1970، وكتاب المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن الذي كتبه الدكتور سيد أمين لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ونشره عام 1964 م. وإذا كان لهذه المؤلفات فضل الريادة في تناول نظام الضمان في السياقات الحديثة فإنها أغفلت توضيح كثير من جوانب هذا النظام والمفاهيم التي يتألف منها. والمأمول لهذا أن يتكفل البحث الذي أقدمه بتوضيح بعض ما لم يتيسر تقديمه من قبل.

وينبغي أن يكون واضحاً من الناحية المنهجية أن الهدف من هذا البحث هو بناء التصور الفقهي الذي قدمه الأسلاف لنظرية الضمان في تفسيرهم للمبادىء الشرعية العامة الحاكمة لهذه النظرية، وذلك برصد إجابات هؤلاء الأسلاف من مظانها في أبواب الفقه العديدة، والترجيح بين آرائهم المختلفة على أساس قوة الدليل وتحقيق المصالح الشرعية والاتساق مع القواعد الكلية. وترجع صعوبة استخلاص هذا التصور وإعادة بنائه إلى أن الأحكام الجزئية التي حوتها كتب الفقه لا تكشف بيسر عن القواعد والمفاهيم التي كانت واضحة دون شك في أذهان الفقهاء. وعلى سبيل المثال فإن أبا حنيفة يتوسع في إطلاق حرية المالك في التصرف في ملكه أكثر من غيره من علماء مذهبه ومن سائر علماء المذاهب الأخرى. ويتخذ فقهه لذلك طابعاً مميزاً في موضوعي الحجر والضمان الناشىء عن تصرف الإنسان في ملكه. غير أن الفتوى في المذهب كانت تختلف من عصر لآخر ومن فقيه لغيره

بالاستناد إلى رأي الإمام أحياناً أو بترجيح رأي صاحبه في أحوال أخرى، دون إشارة إلى أساس الاختلاف وقاعدته، مما يؤدي إلى صعوبة فهم جزئيات الأحكام الفقهية وغموضها[5]. وهذا الجهد في تحليل أحكام الجزئيات والاختلاف فيها وربط ذلك بالقواعد العامة يقتضي نوعاً من التدخل الذاتي للباحث في التقدير والاستنباط، وهو ما يدخل في دائرة الصواب والخطأ.

ومن جهة أخرى فإن هذا البحث يهدف إلى ربط التصور الفقهي المستخلص من الجزئيات والقواعد بالتفكير القانوني الحديث، قصداً إلى تيسير فهم الأحكام الشرعية للضمان على طلاب الدراسات القانونية ورغبة في إذكاء الحوار بينهم وبين طلاب الدراسات الفقهية. ولهذا حاولت إثبات المصطلحات القانونية ومراجعها كلما كان ذلك ضرورياً. والخطورة التي أعد ببذل قصارى جهدي لتجنبها هي إمكانات اختلال التوازن بين طرفي المقارنة واحتمالات فرض المفاهيم الخاصة بأحدهما على الآخر. وهذا الجهد في الربط والمقارنة بين المفاهيم الفقهية والقانونية مدخل آخر للذاتية في البحث واحتمال الصواب والخطأ.

ومن الناحية الشكلية فقد خطر لي تخصيص الصلب للدراسة الفقهية وإثبات ما يتعلق بالجانب القانوني في الهوامش، باعتبار أن هذه الدراسة دراسة فقهية. لكنني استبعدت هذا الاحتمال لما تخوفته من أن يشق ذلك على القارىء ويفسد عليه متابعة الموضوع. وقد فكرت كذلك في علاج الجانب القانوني في مباحث مستقلة تقدم للدراسة الفقهية، ولكنني استبعدته كذلك، حيث بدا لي أنه لا يحقق الفائدة المتوخاة من تعميق الوعي بالمفهوم الفقهي، فضلاً عما يؤدي إليه من تطويل غير مناسب. ووجدت لذلك أن الأولى بالاتباع هو تقديم الجانب الفقهي مع بيان مقابله القانوني كلما كان ذلك ضرورياً للتحليل الفقهي، بحكم أن هذه الدراسة فقهية تعتمد على المقارنة كأسلوب للتحليل والتوضيح.

(5) من الفتاوى المتابعة لمذهب الإمام ما جاء في مجمع الضمانات ص 152: (لو اتخذ رجل بئراً في ملكه أو بالوعة فوهن منها حائط جاره، وطلب منه جاره تحويله لم يجب عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن. والشيخ الإمام ظهير الدين كان يفتي بظاهر الرواية). ومنه كذلك: (لو هدم بيت نفسه فانهدم ببيت جاره. . لا يضمن). وفي ص 162 من المرجع نفسه (أنه لو كان رجلان يدبغان جلوداً في حانوت واحد فأذاب أحدهما شحماً في مرجل نحاس، فصب فيه ماء ليسكن فالتهب الشحم وأصاب السقف فاحترق متاع صاحبه وأمتعة الجيران لم يضمن). ومن ذلك أيضاً: (أنه لو أوقد ناراً في داره فأحرقت دار جاره لم يضمن لو أوقد ناراً يوقد مثلها. وأطلق الجواب شمس الأئمة السرخسي وقال: لا يضمن). ومن الواضح أن الخلاف بين الإطلاق والتقييد مرده إلى الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في إطلاق حرية تصرف المالك أو تقييد حقه في هذا التصرف بقيد عدم الإضرار بالغير واتخاذ ما يلزم من الاحتياط.

قضية المصطلح:

اخترت عنوان هذا البحث ضمان العدوان لدلالته على مضمونه ولاستخدام الفقهاء له؛ فهذا هو البزدوي يقسم الضمان إلى نوعين: أولهما: ضمان العقد والثاني ضمان العدوان. وعبارته أن (ضمان العقد فاسداً كان أو جائزاً يجب بالتراضي وضمان العدوان يعتمد أوصاف العين)[6]. وفي تبيين الحقائق أن (ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع) [7]. وترجع هذه التسمية إلى التعبير القرآني: **﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾** (البقرة: 194). وفي هذا كله ما يؤيد اختياري لهذا العنوان في الدلالة على مضمون البحث الذي يشتمل على الأقسام التالية:

- التمهيد في الجوانب التاريخية لتطور النظر في هذا الموضوع في التفكير القانوني.
- القسم الأول: مفهوم الضمان وأركانه.
- القسم الثاني: موجبات الضمان..
- القسم الثالث: الواجب بالضمان وبعض تطبيقاته العملية.

والله أسأل التوفيق في القصد والنفع في العمل إنه سميع مجيب.

د. محمد أحمد سراج

(6) أصول البزدوي ص 31.

(7) تبيين الحقائق للزيلعي 223/5 .



تتبع تاريخي

1 ـ المسئولية

يهدف أي نظام إلى صياغة الأحكام الضرورية لتيسير التعاون بين الناس وتحديد مسئولياتهم المتنوعة عما يقومون به من أفعال نافعة أو ضارة، تحقيقاً للمصالح وإبعاداً للمفاسد. ويشكل مفهوم المسئولية، أو الأهلية والتكليف في الاصطلاح الأكثر شيوعاً في الفقه الإسلامي، عصب أي نظام تشريعي، فإن الحكم القانوني مقصوده إنشاء الحقوق أو ترتيب الواجبات، وهما وجها المسئولية. وتنقسم المسئولية في النظم التشريعية بوجه عام إلى مسئولية يؤدي الإخلال بها إلى استحقاق العقوبة، وهي المسئولية الجنائية، وإلى مسئولية أخرى يوجب الإخلال بها مبدأ التعويض وهي المسئولية المدنية. وتختلف هاتان المسئوليتان في أسبابهما كذلك؛ فإن المسئولية الجنائية تنشأ من الإخلال بالحقوق العامة للمجتمع ومن تهديده في تلك الحقوق أو المصالح التي لا يتيسر إقامة الحياة الاجتماعية بدونها. أما المسئولية المدنية فإنها تنشأ من الإخلال بحقوق الأفراد وتهديد مصالحهم الخاصة. وقد ركزت النظم القانونية المتطورة حالياً في مراحل نموها على المسئولية الجنائية واهتمت بوضع العقوبات على الجرائم الخطيرة الأثر في أداء المجتمع لوظائفه كالقتل Homicide والحرابة Footpad والسرقة وغيرها. واتسمت هذه القوانين بأخذ المجرمين بالشدة، حتى إنها كانت تعاقب على الجرائم اليسيرة بأغلظ العقوبات.

2 ـ في القانون الروماني

اهتمت النظم القانونية في مراحل تطورها بالمسئولية المدنية الناشئة عن التعاقدات؛ فقد عرف الرومان أول ما عرفوا مصدرين اثنين للمسئولية هما الجريمة والعقد. لكن الفصل بين هذين المصدرين لا يدل على الاتجاه للتمييز بين المسئوليتين: الجنائية والمدنية. ولذا كان من حق الدائن في القانون الروماني أن يستولي على شخص الجاني أو المدين وينتقم

منه على النحو الذي يشاء[1]. ثم أضاف الرومان إلى مصادر المسئولية مصدرين آخرين هما شبه الجريمة وشبه العقد. ويضم مفهوم شبه الجريمة تلك الأعمال غير المشروعة كإخلال القاضي بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل فيصيب الغير. أما شبه العقد فيشمل الأعمال المشروعة التي تؤدي إلى إحداث النفع للآخرين، كتصرفات الفضولي والإنفاق على مال الغير أو لحق من حقوقه كالإثراء بلا سبب وما إلى ذلك[2].

3 ـ وقد اتسم التفكير في المسئولية التقصيرية في القانون الروماني بالخصائص التالية:

أ ـ عدم الفصل بين هذا النوع من المسئولية وبين غيره من أنواع المسئولية الأخرى كالعقدية والجنائية واختلاط مفهوم كل منها بما عداه.

ب ـ لم يفرض القانون الروماني قاعدة عامة توجب تعويض الأضرار بجميع أنواعها، وأوجبت النصوص القانونية بدلاً من ذلك حق التعويض عن الضرر الناشىء من أعمال معينة حددتها هذه النصوص. وكانت هذه الأعمال في البداية قليلة العدد، ثم زادت شيئاً فشيئاً. يدل على ذلك أن هذا القانون كان يشترط في الفعل الضار الموجب للتعويض أن يكون الفعل المنشىء للإتلاف مادياً وأن يقع الإتلاف على شيء مادي كذلك. فلو كان العمل غير مادي، كما لو أزعج حيواناً بصوته فوقع في النهر ومات لم يضمن، وكذلك لو أطلق حيواناً من عقاله فهرب لم يضمن. وذلك لأن الفعل غير مادي في المثال الأول والنتيجة أو التلف لم يحدث لعين المال في المثال الثاني. وفيما بعد تخفف القانون من بعض هذه الشروط واستمسك ببعضها الآخر.

ج ـ لم يقم التعويض في المسئولية التقصيرية على فكرة الخطأ، بل كان الضرر هو السبب الواضح لقيام هذه المسئولية[3].

4 ـ وينطبق هذا الوضع على حالة التطور التي مرت بها القوانين الغربية المعتمدة على القانون الروماني أو المتأثرة به في أثناء العصور الوسطى. فقد استمرت أبحاث المسئولية التقصيرية مختلطة بأبحاث المسئولية الجنائية. ولذا يذهب بعض شراح القانون إلى أن أحكام المسئولية التقصيرية مستمدة من القانون الجنائي لا من القانون المدني. وفي هذا يقول Baton إن المسئولية التقصيرية لها صلة وثيقة بالمسئولية الجنائية، لأن كثيراً من الأعمال غير المشروعة تشكل جريمة وخطأ تقصيرياً في وقت واحد[4]. ولم تتطور مباحث

(1) انظر: The Decline and the Fall of Roman Empire, Gibbon P.142.

(2) راجع: الوسيط للسنهوري: 121/1 وما بعدها.

(3) السابق: 122/1.

(4) انظر: A text book of Jurisprudence, G.W Paton P. 317.

المسئولية الجنائية في العصور الوسطى عما كانت عليه في القانون الروماني، فارتبطت المسئولية بالضرر دون تفريق بين القصد الجنائي أو مجرد الخطأ والإهمال. ولذا كان الشخص معرضاً للمسئولية الجنائية عن عمده وعن خطئه على السواء، كما كان الصبي يعاقب كالعاقل البالغ[5]. وكذلك لم تعترف القوانين الغربية أثناء العصور الوسطى بنفي المسئولية للدفاع عن النفس Righ of Self Defence. ولم يكن الحادث القهري الذي لا يمكن التحرز عنه سبباً لدفع المسئولية كذلك. يقول هولدز ورث عن هذه الفترة: إن الدفاع عن النفس والحادث القهري لم يعتبرا في نظر القانون العرفي سببين لنفي المسئولية[6].

وفي هذا الطور اعترف القانون العرفي الانجليزي بصور من المسئولية لا تلائم المنطق ولا الأخلاق، فقد كانت الجمادات والحيوانات محلاً للمسئولية، كما كان الشخص يؤخذ بجريرة غيره إذا ارتكبت الجريمة بسلاحه[7]. وكذلك لم تعتبر التشريعات الغربية في العصور الوسطى الإكراه من بين الأسباب المخففة للعقوبة أو المسئولية[8]. وفي مقابل ذلك أضفى القانون حمايته على بعض الأشخاص ونفى عنهم المسئولية الجنائية عن أفعالهم، وأعطاهم الحق في حماية من يلجأون إليهم من المجرمين[9]. ولا عجب لذلك أن تخف قبضة القانون وسيطرته في المجتمع البريطاني في هذه الأثناء. ولذا يذكر هارولد لاسكي Harold Lasky (إن القانون بسلطانه وسيطرته في بريطانيا قد أخذ يحمي الحقوق والحريات منذ مائتي عام فقط[10]).

5 ـ وغني عن البيان أن الجزيرة العربية لم تشهد قبل ظهور الإسلام فكراً قانونياً على قدر من التطور؛ إذ لم تكن هناك دولة تحمي حقوق الأفراد، فلم يكن أمامهم لذلك سوى الاعتماد على أنفسهم لنيل حقوقهم، فأصبحت القوة هي الحق، وشاع الظلم والتعدي، فمن لا يظلم الناس يظلم طبقاً لما شاع عندهم. وشجعت القبيلة التي كانت نواة المجتمع أفرادها على المبالغة في الثأر والانتقام ممن اعتدوا عليهم، دون ضابط إلا إرضاء نفس المجني عليه. ومن غير المتوقع في ظل هذه الظروف أن يبدأ التفكير في حدود المسئولية وأنواعها. وفي هذه الظروف نزل القرآن الكريم على محمد ﷺ، وقامت دولة الإسلام التي وجهت الداخلين في الدين الجديد إلى الالتزام بأوامر الله سبحانه وتعالى واجتناب نواهيه، وذلك بقوله تعالى: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾، فانتهى بذلك النظام القبلي وحلت

(5) Potter's Historical Introduction to English law P. 357.

(6) A History of English Law by Holdsworth vol. 11 P. 51.

(7) An Introduction to the Philosophy of Law by Rosco Pound P. 80.

(8) A History of English Law by Holdsworth vol. III P. 371.

(9) An Introdyction to the English Legal History J.H. Baker P. 422.

(10) Parliamentary Government in England, H. lasky P. 366.

محله سلطة عامة تفرض أحكام الشريعة على الجميع وتحمي حقوقهم لا فرق بين غني وفقير ولا بين قوي وضعيف.

6 ـ وتدور الأحكام الشرعية في جملتها على حماية المصالح العامة للخلق في دينهم ودمائهم وأعراضهم وعقولهم وأموالهم، وأوجبت على الجميع احترام هذه الحقوق والعمل على حفظها. وفي ذلك يبين القرآن أن من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً وأن من قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله، وأوجب العدل في المعاملة والإحسان إلى ذوي القربى والجيران وعموم المسلمين، كذلك نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وأوجب القصاص من الظلم والحمل على المعتدي رفعاً للضرر الناشىء عن فعله بقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ وبقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾. كما أرسى مبدأ مسئولية الإنسان عن فعله هو لا عن فعل غيره، فكل نفس بما كسبت رهينة، ولكل إنسان ما كسب وعليه ما اكتسب، ولا تزر وازرة وزر أخرى إلى غير ذلك من المبادىء التي لم تعرفها القوانين الغربية إلا في العصر الحديث.

وجاءت السنة بما يؤكد هذه المعاني فأوضحت أن المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله، وأرست القاعدة العامة التي توجب رفع الضرر مطلقاً، وذلك في قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، كما أجملت خطبة الوداع الأسس العامة لأية حياة اجتماعية راقية، وأوجب ﷺ الضمان في التعدي على الأموال والممتلكات، بقوله «على اليد ما أخذت حتى ترده».

7 ـ وعلى ضوء هذه المبادىء القويمة صاغ الفقهاء المسلمون قواعد المسئولية وفرقوا بين أنواعها، فميزوا بين خطاب التكليف الجنائي الذي يرتب العقوبة على مخالفة أوامر الشارع وأحكامه وبين التكليف بالضمان. وفي ذلك يورد القرافي في الفروق وعز الدين ابن عبد السلام في قواعد الأحكام الفروق الفاصلة بين الزواجر أو العقوبات وبين الجوابر أو الضمانات على نحو يدعو إلى التساؤل عن حقيقة مصدر التشريعات الغربية في تفريقها بين كل من المسئولية الجنائية والمدنية، وبين المسئوليتين التقصيرية والعقدية، حيث لا يمكن تفسير التطابق في التفريق بين أنواع المسئولية إلا بافتراض تأثير التشريع الإسلامي في هذه القوانين الغربية. ومع ذلك يعتقد الدكتور عبد الرازق السنهوري بأن الفقه الفرنسي القديم هو صاحب السبق في إقامة التفريق بين أنواع المسئولية (عن طريق تفسير القانون الروماني تفسيراً خاطئاً). وإن كان يستشعر كثيراً من الغرابة في ذلك، بناء على أن القانون الروماني (لم يصل في أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح)[11]. وقد كانت النتيجة المنطقية للإحساس بالغرابة في أخذ القانون الفرنسي التمييز بين أنواع المسئولية من قانون

(11) الوسيط: 764/1.

لم يكتشف هذا التمييز في أبعد مدى من تطوره أن يولي الدكتور السنهوري وجهه إلى التشريع الذي عرف هذا التمييز، وهو التشريع الإسلامي، وأن يفكر في أن هذا التشريع هو الذي يسر للقانون الفرنسي هذا التمييز، خاصة وأن الصلة التاريخية بين الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي مما لا سبيل إلى إنكاره.

8 ـ وهذا هو الذي يؤيده المرحوم سيد عبد الله حسين في رده على الدكتور السنهوري بقوله: (ليس الأخذ من مذهب مالك وليد سنة 1805.. بل منذ سنة 200 من الهجرة، يوم كان يحكم به في أوروبا، وكان الأندلس منار العلم، وكانت أوروبا في جهالة عمياء، يبيعون الإقطاعية بما عليها.. فدخل الإسلام أوروبا وحكم أهلها وأسس فيها قواعده العادلة، ووفد على الأندلس جميع سكان أوروبا يغترفون من النور والعلم)[12]. ورأى هذا الباحث الذي يعرضه في كتابه المقارنات التشريعية (أن القانون المدني الفرنسي، وهو أصل القوانين التشريعية الوضعية، مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس)[13].

وبفضل هذا التأثير استطاع دوما Domat الذي يعد أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم، من الوصول إلى صياغة قاعدة المسئولية التقصيرية العامة التي يرجع إليها ما عداها، وذلك بقوله: (كل الخسائر والأضرار التي تقع بفعل شخص، سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما ينبغي معرفته، أو أي خطأ مماثل مهما كان هذا الخطأ بسيطاً، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطؤه سبباً في وقوعها)[14]. وبهذا أصبح الجزاء في المسئولية التقصيرية هو جبر الضرر أو التعويض الذي يتميز عما توجبه المسئولية الجنائية وهو الزجر أو العقوبة، كما أصبح سبب المسئولية التقصيرية هو الخطأ. ومع ذلك فإن قانون أكيليا الذي صدر نتيجة هذه الجهود لم يأخذ بعموم المسئولية التقصيرية عن جميع الأخطاء المنشئة للضرر، وإنما أورد عدداً من الأخطاء الموجبة للتعويض على سبيل الحصر؛ ففي الفصلين الأول والثاني أحكام الأخطاء المتعلقة بإتلاف حيوان الغير أو عبده إتلافاً كلياً، على حين يتعلق الفصل الثالث بإتلاف الأشياء المادية الأخرى أو بجرح حيوان الغير أو عبده[15].

9 ـ أما التقنين الفرنسي الجديد الصادر عام 1804 فقد تميزت فيه المسئولية التقصيرية عن الجنائية تماماً، وقامت على أساس الخطأ مطلقاً دون حصر، وفي ذلك تنص المادة 1382 من هذا القانون على أن (كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا

---

(12) المقارنات التشريعية للمرحوم سيد عبد الله حسين: 18/1.

(13) السابق: 28/1.

(14) الوسيط: 764/1.

(15) الوسيط: 763/1.

الضرر أن يقوم بتعويضه). كما نصت المادة 1383 منه على أن (كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله، بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره)[16]. ويعني ذلك النص أن التعدي المباشر وغير المباشر يوجب ضمان الضرر الناشيء عن هذا التعدي، سواء كان هذا التعدي مقصوداً أو وقع بإهمال وعدم تبصر. وتنص المواد 1384 ـ 1386 على المسئولية عن الأبناء والتلاميذ وصبيان الحرفة والحيوانات والأشياء وغيرها من تطبيقات لفكرة الخطأ في نسق لا يبعد كثيراً عن النسق الذي سار عليه الفقهاء المسلمون الذين نصوا على أن صور الخطأ والتسبب الموجب للضمان كثيرة لا تدخل تحت الحصر[17]. وإذا كان القانون الفرنسي الجديد لم يشترط الخطأ الثابت في كل صور المسئولية التقصيرية وأقام هذه المسئولية أحياناً على مفهوم الخطأ المفترض فإن هذا لم يكن بالأمر الجديد على الفقه الإسلامي، كما سنعرف عند مناقشة الآراء الفقهية في مسألة تضمين الصناع والأجزاء المشتركين.

10 ـ القانون العرفي الإنجليزي: تعرض القانون العرفي الإنجليزي لهذه التأثيرات كذلك فيما يتعلق بموضوع المسئولية التقصيرية أو ضمان التعديات Torts إن أردنا ترجمة أقرب إلى اصطلاح هذا القانون، فقد اختلطت فيه قواعد المسئولية الجنائية بغيرها بحكم أن هذا القانون لم يخضع في تطوره للبحث الفلسفي أو وضع النظريات وتعديلها بمرور الزمان بقدر ما تحكمت فيه الاعتبارات العملية، والاستجابة المستمرة لحاجات المجتمع. ولذا فإن المصطلح الدال على المسئولية التقصيرية في هذا القانون Torts لم يبرز بشكل واضح إلا في القرن التاسع عشر. وقد نشر أول كتاب بهذا العنوان عام 1859 في أمريكا لمؤلف امريكي اسمه Hillard وفي انجلترا نشر Addison أول كتاب بهذا العنوان عام 1860. غير أن هذه الكلمة لم تشع في الاستعمال إلا بعد ذلك. وقد دق معناها على أحد القضاة البريطانيين عام 1870 حين استخدمها مع كلمة عقد Contract-tort في محل كلمة واجب بمعنى Contract duty[18]، مما يدل على الغموض المتعلق بمفهوم هذا المصطلح حتى ذلك الوقت.

ومع ذلك فقد أخذ القانون العرفي منذ العصور الوسطى بنظام للجزاءات يقوم على مراعاة الضرر وإهمال النظر إلى الأخطاء أو الأفعال التي أحدثت هذا الضرر، ولم يحل الخطأ محل الضرر كسبب للمسئولية التقصيرية إلا في القرن التاسع عشر.

---

(16) الوسيط: 765/1.

(17) انظر على سبيل المثال: الفروق للقرافي: 207/2.

(18) Glanville Williams and Hepple, Foundations of the Law of Torts, 2 nd edition, Butterworths, P 1.

11 ـ ارتبط نظام الجزاءات الذي أخذ به هذا القانون من الناحية الشكلية بأنماط الدعاوى والأوامر القضائية Writs المختومة بخاتم الملك في المحاكم الملكية Royal Courts أو الصادرة من المحاكم الإقليمية. ولم يكن يحق للمدعي رفع دعوى بالتعويض إلا إذا أمكن إدراج دعواه ضمن نمط أو آخر من هذه الأنماط، وإلا فلن يكون من حقه رفع دعواه إلى المحكمة. وقد وجدت ثلاثة أنماط من هذه الأوامر القضائية، يتعلق أولها بدعاوى التعدي المباشر Trespass، ويتعلق الثاني بدعاوى التعدي غير المباشر Cases ويتعلق الثالث منها بدعاوى التعدي على الأموال المنقولة. وكان على المدعي أن يعرف نوع الأمر القضائي الملائم لدعواه بدقة وإلا وجب عليه أن يبدأ الدعوى من جديد إذا اكتشفت المحكمة أن حقائق دعواه لا تناسب الأمر القضائي الذي أعطته له. وقد أُلغي هذا التصنيف لأنواع الدعاوى في القرن التاسع عشر بموجب قانون الإجراءات الصادر عام 1852 والذي حل محله قانون التقاضي Judicature Act الذي صدر بدوره عام 1873 والذي وضع موضع التطبيق عام 1875[19]. وأصبح للأوامر القضائية منذ ذلك التاريخ شكل موحد يصلح لجميع القضايا[20]. وفيما يلي وصف موجز لكل من أسباب الدعاوى السابقة.

11 ـ دعوى التعدي المباشر: (Trespass)

لعل هذا النوع من التعدي هو أقدم الأسباب الموجبة للضمان في القانون العرفي الإنجليزي، حيث ظهر في عهد الملك John في القرن الثالث عشر الميلادي. وقد اجتمع في هذه الدعوى الخطأ المدني والجنائي معاً. وتألفت الأحكام فيها لذلك من التعويض والغرامة الواجبة على المدعى عليه لخزانة التاج[21].

وتفيد كلمة Trespass في مفهومها العام الدخول إلى أرض الغير بغير حق، ولكنها تدل في الاصطلاح القانوني على كل من الدخول إلى أرض الغير أو أخذ أمواله المنقولة وغصبها أو التعدي على هذا الغير. ويشمل التعدي المباشر إذا كان محله هو الإنسان كلاً من الإكراه البدني Assault والإيذاء Battery والحبس غير المشروع False Imprisonment. أما إذا كانت المنقولات هي موضوع هذا التعدي فقد يطلق عليه Trespass de Bonis Aspor Tatis إذا اشتمل على نقل المال من حيازة صاحبه. أما التعدي على الأرض فقد كان يطلق عليه Treapass Quare Clausum Fregit نظراً لأنها كانت تطلق

(19) السابق ص 32.

(20) السابق ص 38.

(21) السابق ص 43.

في البداية على اجتياز الأراضي المسورة، ثم أصبحت تطلق على دخول الأراضي المسورة والمفتوحة على السواء. ويدخل استخدام القوة في مفهوم هذا النوع من التعدي. ولعل ذلك كان من قبيل الحقيقة في البداية ثم أصبح أمراً يفترضه القانون.

12 ـ ولا ينشأ هذا النوع من التعدي إلا إذا توافرت شروط ثلاثة. **أولها**: وجود فعل، وبذا يخرج الترك. **ثانيها**: أن يكون المدعي مختاراً في هذا الفعل، فلو جرى به حصان فسقط على آخر لم ينشأ التعدي المباشر. **ثالثها**: أن يكون الضرر مباشراً لا بمعنى عدم التراخي عن الفعل بل بمعنى عدم توسط عامل آخر بين فعل المدعى عليه والضرر الذي أصاب المدعي[22]. وهذا التعدي بضبطه على هذا النحو يكاد يرادف مفهوم التعدي بالمباشرة في الفقه الإسلامي كما يلاحظ أحد أساتذة القانون المدني من الإخوة السوانيين[23].

وإنما كان يشترط اللجوء إلى العنف لقيام هذا النوع من التعدي لاعتبارات خاصة بتنظيم المحاكم وترتيب اختصاصاتها. ذلك أن دعاوى الجزاءات والتعويضات كانت تنظر في المحاكم الإقليمية County Courts أو في المحاكم الملكية Royal Courts التي عمت البلاد في أواخر العصور الوسطى وحلت محل المحاكم الإقليمية بعد أخذها في الضعف في هذه الأثناء. ولم تكن المحاكم الملكية تقبل النظر في التعديات اليسيرة الأهمية، وإنما تخصصت في النظر في القضايا التي تهدد السلام الاجتماعي وتعكر صفو الهدوء العام أو التي تهدد المصالح الملكية Royal Interest. وبذلك كان مفهوم التعدي المباشر Trespass عاماً ومطلقاً. وكان السؤال الذي توجهه المحاكم الملكية في بداية نظر القضية سؤالاً إجرائياً يتعلق بدخول موضوع الدعوى في اختصاصها المحدد لها أو عدم دخوله. ولذلك كانت تفترض لجوء المدعى عليه للعنف والقوة المادية لتدخل القضية المنظورة في اختصاصاتها أو في مجال ولايتها، باعتبار أنها بذلك تعد من القضايا التي تهدد السلام الاجتماعي العام.

13 ـ التعدي غير المباشر Case

أما التعديات الأخرى الغير المباشرة Cases التي لا يفترض فيها العنف أو القوة البدنية فقد كانت تدخل في مجال ولاية هذه المحاكم إذا وجدت أسساً قوية لتدخلها، كما إذا تعلقت القضية المعروضة بسلامة جسور الأنهار والترع وصلاحها للاستعمال. وكذلك كانت هذه المحاكم تقبل النظر في القضايا المتعلقة بامتيازات إقامة الأسواق Franchise of

(22) السابق ص 44.

(23) أصول المسئولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني، الكتاب الأول، للدكتور محمد شتا أبو سعد (ط 1984) ص 53 وما بعدها.

Markets الممنوحة لبعض الأشخاص وجميع أنواع التعديات على هذه الامتيازات، كمنع العملاء من دخول الأسواق أو البيع خارجها. وقد تضمنت لغة الأوامر القضائية Writs التفريق بين التعديات المباشرة Trespasses وبين التعديات غير المباشرة Trespass on the case أو التعديات الخاصة Special Trespasses.

وقد شملت هذه التعديات الخاصة أو غير المباشرة فيما بعد أنواعاً عديدة من التعديات كالتشهير والغش والإهمال والإزعاج وتسرب الأشياء الخطيرة والدعاوى الكيدية. وهي بهذا تشمل جميع أنواع الأفعال الغير المشروعة باستثناء التعدي المباشر المعتمد على العنف Trespassvi et armis والغصب Conversion أو Detinue وبذلك فإن ما أطلق عليه التعديات الخاصة Cases أو Special Trespasses يمثل الأصل لأهم أنواع الأعمال غير المشروعة الموجبة للمسئولية في القانون الإنجليزي الحديث. وعلى سبيل المقارنة فإن هذه التعديات الخاصة Cases تقترب من مفهوم التعدي بالتسبب في الفقه الإسلامي، فإنه يشمل أنواعاً من التعديات الخاصة التي لا تدخل تحت الحصر بتعبير القرافي[24]، والتي تتميز عن التعدي المباشر وعن الغصب في هذا الفقه كذلك.

14 ـ وللتفريق بين التعديات المباشرة وغيرها في القانون العرفي الانجليزي فإن الحبس غير المشروع False Imprisonment الذي يقيد فيه المدعى عليه حرية المدعي ويحول بينه وبين حرية الحركة يعد من قبيل التعديات المباشرة. أما الدعوى الكيدية Malicious Prosecution التي لا مبرر لها فإنها تعوق حرية المدعي أثناء محاكمته وفي انتظاره لها، ولكنها من قبيل التعدي غير المباشر، لأن المدعى عليه قد أوقع هذا الضرر بتسليط القضاء وبواسطته، كما أن تقييد حرية المتضرر لا تعد نتيجة مباشرة للفعل غير المشروع وهو الدعوى الكيدية. أما إذا كان الضرر نتيجة مباشرة للتعدي، كما لو أقنع رجل شرطياً باعتقال آخر وحبسه بغير حق، فإن هذا الرجل يعتبر متعدياً بالمباشرة لا بالتسبب، كذلك لو أمره بالوقوف مكانه وهدده على نحو ضمني فإن ذلك يعد من قبيل التعدي المباشر أيضاً.

والمثال التوضيحي الذي درج على ذكره عدد من المؤلفات المشهورة في ضمان التعديات Torts للتفريق بين التعديات المباشرة وغيرها هو أنني لو ألقيت جسماً صلباً من النافذة فأصاب أحد المارة في الطريق العام، كان ذلك من قبيل التعدي المباشر أما إذا ألقيت هذا الجسم نفسه في الطريق العام فشغله واصطدم به إنسان أثناء سيره ليلاً فإن هذا الفعل من قبيل التعدي غير المباشر Case. وكذلك لو لعب أحد بالكرة فدخلت دار الغير، أو كوّم تراباً على الحدود الفاصلة بين ملكه وملك غيره فانهال ذلك التراب في ملك الغير كان متعدياً بالمباشرة. أما لو بنى أحد داراً بسقف مائل تنزل عنه مياه المطر والثلوج إلى أرض

(24) الفروق للقرافي: 206/2 وما بعدها، 27/4 وما بعدها.

الجار أو داره فإن ذلك يعد من قبيل التعدي غير المباشر. ومع ذلك فإن الحدود الفاصلة بين هذين النوعين من التعديات غير واضحة، مما أدى إلى صدور هذا الحكم العام (1833) القاضي بأن التعدي المباشر يختلط أحياناً بالإهمال. ويحدد صمويل وارين Samuel Warren في كتابه الذي صدرت طبعته الثانية عام 1845 بعنوان Introduction to Law أنواع الدعاوى المتعلقة بالمسئولية التقصيرية بقوله: (إذا كان التعدي على سبيل العمد منشئاً للضرر على نحو مباشر فلا يصح رفع دعوى أخرى غير دعوى التعدي المباشر، وإذا كان الضرر غير مباشر أو وقع من التابع فالسبيل هي رفع دعوى التعدي غير المباشر، وأما إذا لم يكن الفعل مقصوداً فإن من حق المدعي رفع دعوى بالتعدي المباشر أو رفع دعوى بالتعدي غير المباشر)[25].

15 ـ وقد اتجه القانون الإنجليزي حتى أواخر العصور الوسطى إلى ربط المسئولية بالضرر في التعدي المباشر. وكان الاعتقاد لدى القضاة فيما تكشف عنه أحكامهم أن التعدي المباشر ينشىء المسئولية المطلقة Strict Liability، ولذا لم يكن من همهم الكشف عن عنصر الخطأ في التعدي. وفي هذا الصدد لم يكن الحادث الذي لا يمكن التحرز عنه Inevitable Accident سبباً كافياً لدفع الضمان وفي قضية Ryland v. Flitcher التي يرجع الحكم فيها إلى عام 1866 والتي تعد من أهم القضايا الرائدة في تطور المسئولية التقصيرية في القانون العرفي الإنجليزي لم يلتفت القضاة في حكمهم إلى خطأ المدعى عليه بقدر ما التفتوا إلى مسئوليته عن الضرر الذي لحق بالمدعي. وهو ما أكده أحد القضاة في حيثيات حكمه في هذه القضية حينما أشار إلى أن التعدي المباشر يوجب المسئولية المطلقة Absolute Liability[26]. وقد استقر الأمر فيما بعد على الإعفاء من المسئولية إذا لم يقع الخطأ من جانب المدعى عليه أو كان الضرر الذي نشأ من فعله أمراً لا يمكنه التحرز عنه، ففي قضية Stanly v. Powell (1891) أطلق المدعى عليه عياراً نارياً، فجاء الطلق في جذع شجرة وارتد منه إلى جسم المدعي فأصابه. وقد جاء الحكم في هذه القضية ببراءة المدعى عليه من المسئولية حيث لم يكن في وسعه التحرز من إصابة المدعي، وهو ليس مخطئاً لذلك[27]. وبذلك انتقل القانون من اعتبار الإنسان مسئولاً عن جميع تصرفاته الضارة بالغير إلى اعتباره مسئولاً عن هذه التصرفات الضارة إذا كانت هذه التصرفات خاطئة. وقد استقرت إقامة المسئولية على الخطأ في النصف الثاني من القرن التاسع عشر في أمريكا بفضل الحكم الذي أصدره Shaw في قضية Brown v. Kendall، حيث رأى أن (على المدعي أن يثبت سوء قصد المدعى عليه أو خطأه في فعله المنشىء للضرر، لأنه لن يكون مسئولاً عن

(25) Foundations of the Law of Torts, P. 49.

(26) Foundation of the Law of Torts, P. 51 and strect on torts P. 259.

(27) Foundations of the Law of Torts, P. 52 and Street on Torts P. 16.

الأضرار التي لا يمكن توقيها)[28]، وأصبحت قاعدة (نفي المسئولية بانتفاء الخطأ) قاعدة أساسية في قانون المسئولية التقصيرية في انجلترا وأمريكا منذ ذلك الحين، وأصبح من المسلم به في الأحكام القضائية الصادرة بعد ذلك (أن الضرر الناجم عن حادث لا يمكن توقيه أو الناجم عن فعل لا يمكن التحرز منه باتباع الحرص والتبصر العاديين لا يصلح أساساً للمسئولية)[29]. وعلى سبيل المقارنة فإن قاعدة (ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه) من القواعد الثابتة في الفقه الإسلامي منذ بداية تطوره.

16 ـ الإهمال: ومن جهة أخرى فإن القانون العرفي لم يعتبر الإهمال أو التقصير سبباً لإيجاب الضمان إلا في نهايات العصور الوسطى، ففي عصر الملكة إليزابيث Elizabeth (1558-1603) كان القاضي يرد الدعاوى القائمة على الإهمال وحده باعتبار أنه لا يصلح سبباً لإيجاب المسئولية اللهم إلا إذا اقترن الإهمال بعقد أو اتفاق يوجب المسئولية بحكم القانون، كالمودع إذا تعهد بحفظ الوديعة وردها إلى صاحبها بحالها الذي أخذها به وأهمل في حفظها فإنه يضمن باعتبار ما أوجبه القانون عليه لا بالنظر إلى إهماله. وتعد مسئوليته في ذلك من قبيل المسئولية المطلقة Strict Liability. ومن ذلك مسئولية أصحاب الفنادق عن أمتعة نزلائهم، ومسئولية الحمالين والأطباء والأجراء وغيرهم. وهكذا لم يفرض القانون العرفي على الناس التبصر والتحوط في سلوكهم إلا على هؤلاء الذين التزموا به ضمن عقد أو اتفاق[30]. غير أن هذا القانون قد لجأ إلى التوسع في مفهوم مباشرة التعدي المقترن باللجوء إلى القوة، بحيث يفترض استعمال القوة Alleged Force في حوادث الخطأ. فمن يرمي سهماً ـ على سبيل المثال ـ ويصيب شخصاً تصادف مروره يطالب بالتعويض على أساس حدوث الضرر للغير لا على أساس الخطأ والإهمال. وقد بدأت المحاكم في الاعتراف بالإهمال في الربع الأخير من القرن السابع عشر واعتبرته سبباً مستقلاً لإيجاب المسئولية، ففي قضية Mitchel v. Abstree التي صدر الحكم فيها عام 1676 أطلق المدعى عليه وخادمه عدداً من الخيول في مكان مزدحم بالناس فأصيب المدعي بجراح نتيجة لذلك. وقد قضت المحكمة بالتعويض رغم عدم وجود تعهد سابق يمنع من هذا الإهمال[31]. ويبدو أن القضاة كانوا على وعي بأن الخطأ الموجب للمسئولية هو إطلاق الجياد في مكان عام. غير أن هذا المفهوم لم يتبلور بصفة نهائية إلا في القرن التاسع عشر بعد اتساع حركة النقل وزيادة الحوادث وانتشار النهضة الصناعية. وقد أنشأت زيادة عدد الحوادث الكثير من الصعوبات الفنية المتعلقة بافتراض اللجوء إلى القوة المادية أو العنف عند النظر في إصابات

---

(28) القانون في أمريكا لبرنارد شفارتز، ترجمة ياقوت العشماوي، نشر دار المعارف ص 90.

(29) السابق.

(30) Richard Posner, Tort Law. Cases and Economic Analysis, P.199.

(31) السابق: 200.

الخطأ غير المباشرة. وجاء الحل عام 1833 في اقتراح Tindal القاضي بإعطاء المدعي الحق في عدم الإشارة إلى القوة العضلية في التعدي عليه. ومهد ذلك الطريق لظهور مفهوم الإهمال والتقصير بوضوح(32).

17 ـ ومن المنطقي ألا يظهر مفهوم الإهمال المشترك Contributory Negligenc إلا بعد استقرار مفهوم الإهمال. وفي البداية كان هذا المفهوم سبباً كافياً لدفع الضمان أو المسئولية. ثم تطور الأمر إلى اعتباره في هذا القرن سبباً لتخفيف المسئولية وتوزيع الضرر على المدعي والمدعى عليه بالنظر إلى مدى إسهام كل منهما بفعله في إحداث الضرر(33).
وعلى سبيل المقارنة فقد عرف الفقه الإسلامي منذ عصر الصحابة مفهوم الإهمال المشترك وتوزيع الضرر على الأطراف التي أحدثته، وذلك هو ما يسجله الماوردي وغيره في قضية القارصة والقامصة والواقصة. وفي هذه القضية اجتمعت ثلاث بنات للعب معاً، فركبت واحدة منهن ظهر الأخرى فقرصت الثالثة الفتاة المركوبة فقمصت ووقعت الراكبة نتيجة لذلك فدق عنقها وماتت، وقضى علي بن أبي طالب رضي الله عنه بتثليث الدية على عواقل البنات الثلاث.

18 ـ **السببية وتوقع الضرر**: وقد أضفت هذه التطورات نوعاً من الوضوح على مفهوم السببية؛ ففي سنة 1773 قضت محكمة انجليزية بأن (كل من ارتكب فعلاً غير مشروع يعد فاعلاً لكل ما ينجم عنه من نتائج). وتتفق هذه القاعدة مع مفهوم القاعدة الفقهية: (إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب، قصد ذلك المتسبب أو لا. لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجاري العادات عدّ كأنه فاعل له مباشرة)(34). وقد صاغ جرينليف Greenleaf هذه القاعدة نفسها للقانون الأمريكي عام 1846، فنص على أن الأضرار يجب أن تكون النتيجة الطبيعية والمباشرة للفعل الخاطىء(35). حتى تسند المسئولية لصاحب هذا الفعل. وقد انتفت مسئولية الفاعل عن الأضرار غير المباشرة في القرن التاسع عشر في سياق غلبة مذهب الحرية الاقتصادية Laissez Faire(36) والنزوع إلى الفردية وتشجيع أصحاب المشروعات على المخاطرة بإعفائهم من المسئولية عن الأضرار غير المباشرة لأعمالهم.

19 ـ وفي هذا الإطار الفكري ابتدع اشتراط توقع الضرر Forseeability of the Harm لقيام المسئولية. ويعني هذا الشرط أن المسئولية عن الضرر لا تنشأ إلا إذا كان توقع فاعل

---

(32) السابق: 202.
(33) Foundations of the Lawof Tort, P. 142.
(34) القانون في أمريكا، ترجمة ياقوت العشماوي ص 90.
(35) الموافقات للشاطبي: 211/1.
(36) القانون في أمريكا ص 90.

الفعل لهذا الضرر أمراً ممكناً. والمعيار في ذلك هو سلوك الرجل الوسط أو المعتاد.

ومع وضوح القاعدة الأخلاقية القاضية بأن الخطأ لا يبرر الخطأ فقد اتجه القانون العرفي في القرن التاسع عشر إلى اعتبار خطأ المضرور نافياً للمسئولية في الإهمال. ويكفي هذا المبدأ للتعبير عن السياسة التي أخذ بها هذا القانون في اتجاهه إلى تشجيع أصحاب المشروعات ولو على حساب غيرهم من العمال والمستهلكين الذين يجب عليهم أن يتحملوا نتائج تصرفاتهم واختياراتهم في العمل والاستهلاك. وهذا وحده في رأي Rosco Pound يلخص روح القانون العرفي واتجاهه في أمريكا وانجلترا في القرن التاسع عشر[37]

20 ـ عبء الإثبات والخطأ المفترض: وفيما يتعلق بعبء الإثبات Burden of Proof فقد ظل التردد في إلقائه على عاتق المدعى لإثبات الخطأ أو على المدعى عليه لنفيه إلى أن استقر القضاء الانجليزي على تكليف المدعي بهذا العبء في حكم حديث يرجع إلى عام 1959، وذلك في قضية[38] Fowler. V. Lanning وقد أوجب القاضي .Diplock J في حكمه تكليف المدعي بإثبات خطأ المدعى عليه وتسببه في حدوث ما لحقه من ضرر[39]. غير أن هذا التكليف للمدعى هو القاعدة في حوادث الطرق السريعة High ways منذ عام 1875، ولذا يعبر Diplock عن دهشته من تخلف العمل بهذه القاعدة وتكليف المدعى عليه بنفي خطئه في عدد من القضايا[40].

21 ـ وقد لقي مبدأ إقامة المسئولية التقصيرية في القانون العرفي على الخطأ استجابة بالغة، لا لمساندته الاعتبارات الاقتصادية التي أشير إليها فحسب، بل ولاعتباره كذلك (تتويجاً لانتصار العقل والأخلاق اللذين كان القانون العرفي يتلمس طريقه إليهما عبر القرون)[41]، بحكم أن الظالم أو المخطىء هو الأولى بالحمل عليه وتكليفه برفع الضرر. وشاع في نهاية القرن التاسع عشر الاستناد إلى قاعدة (لا مسئولية بغير خطأ) في نصوص الدفاع وحيثيات الأحكام. وعبر بعض الذين استشهدوا بهذه القاعدة في معرض دفاعه عن رأيه في أن انتفاء المسئولية بانتفاء الخطأ (حق كامن في الحكومة الحرة)[42]، مما يدل على الإحساس بجدة اكتشاف هذه القاعدة والغبطة بهذا الاكتشاف كذلك. ومن المدهش حقاً أن

---

(37) الدلالة اللغوية لهذا المصطلح الفرنسي هي حرية الفعل أو التصرف عموماً، وترجمته الحرفية «دعه يعمل».

(39) Street on Torts P. 17, 67.

(39) Foundations of the Law of Torts P. 54.

(40) السابق.

(41) القانون في أمريكا ص 278.

(42) السابق ص 179.

تكون هذه القاعدة من المرونة بحيث تستطيع مسايرة كثير من موروثات القانون العرفي في تقسيم أنواع الأفعال غير المشروعة وغيرها وأن تتلاءم في الوقت نفسه مع النزعات الاجتماعية والاقتصادية المتباينة في الاتجاه إلى الفردية المطلقة أو المقيدة. وقد تحققت هذه المرونة في التلاؤم مع هذه الاتجاهات المتباينة بإضافة بعض القيود كاشتراط توقع الضرر وتكليف المدعي بالإثبات أو بالتخفف من هذه القيود عن طريق افتراض الخطأ وتكليف المدعى عليه بنفي خطئه. وبذلك أصبحت قاعدة ارتباط المسئولية بالخطأ إحدى قواعد القانون الطبيعي في التصور العام.

22 ـ وقد استند القانون العُرفي ـ وغيره من القوانين الغربية ـ إلى نظرية الخطأ المفترض في عدد من التطورات التي لحقت بهذا القانون في القرن الحالي، وذلك في مجالات تعويض العمال عن الإصابات التي تلحق بهم في محيط العمل، على أساس أن تكليف العامل بإثبات خطأ رب العمل من شأنه أن يؤدي إلى إهدار حقوق هذا العامل. ولم يكن هذا الانتقال باليسير، فقد رفض أربعة من القضاة الانجليز عام 1919 م الموافقة على قانون يقضي بإلغاء شرط إثبات الخطأ لتعويض العمال عن إصاباتهم التي يسببها لهم عملهم[43]. وقد كان الإحساس السائد لدى الكثيرين أن تكليف صاحب المشروع بتعويض العمال عن جميع الإصابات التي تلحق بهم دون وقوع خطأ منه أمر غير مقبول من الناحيتين الخلقية والعقلية. غير أن هذه القوانين ما لبثت أن أقرت في جميع بلاد العالم بتأثير النزعات الاشتراكية. وقد طبق هذا الاتجاه كذلك في أخذ بائعي السلع بالمسئولية عمّا يروجونه من بضائع تتسبب في إضرار المستهلكين. كما طبق كذلك في عدد من الموضوعات الأخرى كمسئولية شركات الطيران عن المسافرين وأمتعتهم، ومسئولية الدولة عن أخطاء التقاضي. ولا يجب على المدعي في هذه الأحوال إثبات خطأ المدعي عليه لقيام حقه في التعويض، وإنما يستند حقه هذا إلى افتراض خطأ المدعى عليه.

23 ـ وقد عرف الفقه الإسلامي نظرية الخطأ المفترض منذ بداية تطوره استجابة للاحتياجات الاجتماعية للدولة الناشئة، وذلك في المسألة المعروفة بتضمين الصناع. فقد أفتى عدد من الصحابة من بينهم عمر وعلي رضي الله عنهما بتضمينهم ما ادعوا هلاكه مطلقاً لمكان التهمة من غير تكليف المدعي بإثبات خطئهم أو إهمالهم في حفظ الأموال المدفوعة إليهم. وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى وأبي يوسف. وذلك لأن إلقاء عبء الإثبات على المدعي من شأنه أن يؤدي إلى ضياع حقه، فهؤلاء الصناع يأخذون المال إلى أماكنهم ويغيبونه عندهم فلا سبيل لمعرفة طريقة حفظهم له[44]. وقد طرد مالك ذلك في

(43) السابق ص 179.

(44) بداية المجتهد لابن رشد: 175/2 ط لاهور وتبصرة الحكام لابن فرحون: 330/2.

تضمين الحمالين ما يحملونه من الأمتعة مما يغاب ويخفى أو يكثر الطمع فيه كالأطعمة لمكان التهمة كذلك[45]. والقول بتضمين هؤلاء الأجراء بإطلاق معناه أن افتراض خطئهم وإهمالهم لا يقبل النفي. أما على قول من رأى أن الأجير المشترك يضمن المال الذي أخذه ما لم يثبت أن الهلاك كان بسبب لا يمكنه التحرز عنه فإن افتراض الخطأ على هذا القول افتراض يقبل النفي[46].

24 ـ ومع ذلك فقد أدى التوسع في المسئولية التقصيرية على أساس افتراض الخطأ غير القابل للنفي مرة والقابل للنفي في أحيان أخرى إلى إضعاف بناء المسئولية التقصيرية على مفهوم الخطأ في أذهان الكثيرين، وقد اغتر هؤلاء بالتطور السريع الذي تحقق لنظرية المسئولية التقصيرية في التفكير القانوني الغربي في أقل من قرن فرأوا أن من الواجب هجر هذه النظرية وإحلال غيرها محلها. وقد تحدد اتجاههم في الدعوة إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة Risk ابتغاء نقل الضرر من المصاب إلى الجهة الأقدر على تحمله، أو توزيعه على المجتمع بأسره بتطوير نظام التأمين وترتيب الدولة له. وقد استجابت دول محدودة لهذه الدعوة على رأسها نيوزيلندا. كما استجابت بعض الولايات الأمريكية لهذا الاتجاه ووضعته موضع التطبيق، ورفضت الأخذ به معظم دول العالم، لقوة قاعدة الخطأ ومرونتها في الاستجابة لكثير من أوجه المصالح الاجتماعية، وإمكان الأخذ معها ببعض الوسائل أو الأنظمة المعاونة على تحقيق الطموحات الجديدة، دونما ضرورة لهجر قاعدة الخطأ. وهذا ما أخذت به انجلترا وفرنسا في احتفاظهما بقواعد المسئولية التقصيرية العريقة، وفي توسيع نظامي الضمان الاجتماعي والتأمين استجابة للإحساس المتزايد بالمسئولية الاجتماعية عن بعض طوائف الأمة. وهو ما تسير عليه القوانين المطبقة في البلاد الإسلامية بدرجات متفاوتة. وبذا فإن ظهور نظامي الضمان الاجتماعي Social Security والتأمين لم يؤثر على البناء التقليدي لنظرية المسئولية التقصيرية وإن أثر في بعض أشكال قيام هذا البناء بوظائفه. ولم تفلح تلك الغارات المتتابعة في زعزعة الثقة بأسسه المستقرة. وما تزال المؤلفات الحديثة في هذا الموضوع تتجه إلى العناية بمفاهيم الخطأ وأنواعه والضرر وعلاقة السببية على نحو لا يبعد كثيراً عما كان مألوفاً منذ بداية هذا القرن.

25 ـ حق الخصوصية: ولا شك في أن القانون العرفي قد تمكن بفضل هذه النظرة الأخلاقية للمسئولية القائمة على الخطأ من صياغة عدد من المفاهيم المناسبة للمستوى الحضاري الذي رادته الحياة الغربية في تطورها الحديث.

من ذلك على سبيل المثال الاتجاه إلى إقرار حق الخصوصية Right of Privacy في

---

(45) الفروق للقرافي: 11/4.

(46) انظر هذا التقسيم في الوسيط للسنهوري: 766/1.

بداية القرن العشرين. وقد بدأ التفكير في هذا الحق بالمقال الذي كتبه صمويل د. وارين Samuel D. Warren ولويس د. براندير Louis D. Brandeis عام 1890 بعنوان حق الخصوصية. وفي هذه الأثناء لم يكن القانون العرفي يتطلع إلى ما هو أكثر من حماية حقوق الملكية وحفظ الجسم البشري. ولذا اعتقد قضاة المحكمة العليا في نيويورك في أول اختبار لهذا الحق عام 1902 أن القانون العرفي لا يحميه. وقد رفض هؤلاء القضاة بناء على ذلك الحكم لصالح المدعية التي استعمل المدعى عليه صورتها دون رضاها في الإعلان عن سلعة يتاجر فيها. ويعني هذا الرفض أن القانون العرفي حتى ذلك الوقت لم يكن يجد غضاضة في استعمال صورة لشخص في الإعلان عن أية سلعة دون رضا هذا الشخص. غير أن مقالة صمويل وزميله قد أوجدت شعوراً عاماً بأن مثل هذا السلوك غير أخلاقي ويجب أن يحظره القانون. ولذا فقد سنت الهيئة التشريعية لنيويورك في دورة انعقادها التالية لحكم روبرتسون(Robertson Decision)القاضي برفض الدعوى السابقة قانوناً يقضي بحماية حق الخصوصية، كما نقضت المحكمة العليا في جورجيا حكم روبرتسون وأوجبت حماية هذا الحق. وتتابع الاقتداء بهذا الحكم في عدد كبير من القضايا. وبحلول منتصف هذا القرن أصبح التعدي على حق الخصوصية في أي جانب من جوانبه سبباً موجباً للتعويض[47].

26 ـ وفي ذلك يوجب القانون الانجليزي التعويض إذا كان التعدي بوضع آلات التصنت على الآخرين في أماكن نومهم، أو بالتحليق بالطائرة فوق مقارهم للاطلاع عليهم، أو بنشر بيانات غير صحيحة عن الحياة الزوجية للمدعي. غير أن هناك عدداً من الجوانب لم يبسط عليها القانون الانجليزي حمايته حتى الآن فيما يتعلق بهذا الحق. من ذلك وضع آلات التصنت في غرفة النوم في الفندق للتجسس على النزلاء، وكذلك نشر الماضي المؤلم لأحد الأشخاص في الصحف السيارة. ويشير Street إلى الصعوبات الاجتماعية الناشئة عن تخلف القانون الانجليزي عن نظيره الأمريكي في الاعتراف المطلق بحق الخصوصية على الرغم من خطورة الآلات الحديثة في الكشف عن أسرار الحياة الشخصية وتهديدها لهذه المصالح التي يجب ألا تقل في الاعتبار عن حقوق الملكية. وينصح الهيئات التشريعية لهذا بوجوب صياغة قانون يعمل على حماية هذا الحق بجميع جوانبه[48].

27 ـ وهذا الذي يجتهد القانون العرفي الانجليزي في تحقيقه قد أقرته الشريعة الإسلامية منذ أول الأمر؛ فقد نهى القرآن الكريم عن التجسس بقوله تعالى: ﴿ولا

(47) القانون في أمريكا ص 181, 382.

(48) Street on Torts, P 410, 445.

تجسسوا﴾(الحجرات: 12) وأوجب الاستئذان بقوله ﴿لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها﴾ (النور: 27) وأوجب على الأطفال إذا بلغوا الحلم أن يستأذنوا بقوله: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم، كذلك يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم﴾ (النور: 59)، كما أوجب احترام الحقوق الشخصية في الخلوة بعد صلاة الفجر والعشاء وفي القيلولة بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانهم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء، ثلاث عورات لكم، ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض، كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم﴾ (النور: 58). وليس وجوب الاستئذان مسألة شكلية، إذ يترتب على عدمه وجوب الرجوع وحرمة الدخول؛ إذ يقول سبحانه: ﴿فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم، وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا﴾ (النور: 280). ويترتب على عدم الإذن كذلك حق صاحب البيت في الدفع عن نفسه بما يناسب الحال طبقاً لما بينته السنة، مما لا مجال الإفاضة فيه في هذا المقام[49].

28 ـ التعسف في استعمال الحقوق: حقق القانون الأمريكي نوعاً من التقدم في المسئولية التقصيرية بالتوسع في تطبيقها إلى مجال إساءة استعمال حقوق الملكية واعتبار التعسف في استعمال الحقAbuse of Right سبباً لقيام المسئولية. وقد تم الاعتراف بهذا المفهوم في منتصف القرن التاسع عشر تقريباً، حينما غيرت المحاكم نظرتها إلى حق الملكية المطلق وأوجبت تقييد استعمال هذا الحق بعدم الإضرار بالآخرين. وقد حل بذلك مبدأ الاستعمال المعقول Reasonable Use للملك محل إطلاق حرية المالك في ملكه. واعتبر Rosco Pound هذا التحول تقويضاً لأساس نظرية حرية الإرادة وتراجعاً عن هدف النظام القانوني في تمكين الفرد من تحقيق ذاته بكامل حريته[50]. وتعكس ملاحظة Pound هذه إعلاء المجتمع الأمريكي في أوائل هذا القرن لحق الملكية والربط بينها وبين الإرادة والحرية، باعتبار أنها التحقيق لإرادة الشخص والمجال الخارجي لحريته[51]. وكان الاعتقاد أنه لا فرق بين وضع قيود على اكتساب الملكية أو سلطة التصرف من جهة أن هذه القيود تتعارض مع الحرية وتدمرها. ومن هذه الزاوية أصبح الموضوع الرئيسي في القانون هو حماية حقوق الملكية الخاصة[52]. ولم تخف هذه النزعة حتى عام 1914؛ فقد أشار بحث صدر في هذا التاريخ إلى تعريف القانون الروماني للملكية "بأنها حق استعمال الشيء

(49) راجع في ذلك: التشريع الجنائي للمرحوم عبد القادر عودة: 485/1 و 501 و 505.

(50) القانون في أمريكا ص 2.5.

(51) السابق: 183.

(52) السابق: 184.

المملوك واستهلاكه. واستنتج من هذا التعريف أن هذا الحق يتضمن مشروعية الاستعمال وإساءة الاستعمال على السواء. غير أن هذا المبحث يدل على بداية الجدل حول جواز تدخل القانون عند استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير. لكن القضاء الأمريكي لم يعترف في هذه الأثناء بحق المدعي في التعويض إذا تصرف المدعى عليه في ملكه بقصد الإضرار به. وقد حدث ذلك في قضية شهيرة أقام فيها المدعى عليه سوراً على حدوده رغبة منه في منع الضوء وحجب الرؤية عن جاره، دون قصد إلى تحقيق أية منفعة لنفسه. وقد استند القضاء الأمريكي في هذه القضية إلى ما صوره القاضي Holmes بقوله: (للإنسان الحق في أن يبني سوراً في أرضه بالارتفاع الذي يريده ولو حجب الضوء والهواء عن الجار)[53]. وتتطابق عبارة القاضي هولمز مع عبارة ابن حزم الشهيرة الداعية إلى إطلاق حرية المالك في ملكه بقوله: (لكل أحد أن يعلي بنيانه ما يشاء وإن منع جاره الريح والشمس، لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له)[54]. لكن هذه النظرة قد تبدلت بعد أن تحول مفهوم الملكية من السلطة والسيادة إلى معنى المسئولية بتأثير تلك القيود التي اضطر القانون إلى فرضها رعاية للصالح العام في مجالات المحافظة على البيئة من التلوث وتجميل هذه البيئة وتخطيط المدن وإنشاء الشوارع والمرافق العامة الأخرى. وقد اقتضت هذه السياسة نزع الملكية أحياناً، كما فرضت السياسة البيئية الرامية إلى تنقية الهواء والرياح والسماء من التلوث مزيداً من القيود على استمتاع المالك بحقوق ملكيته. وبذلك أصبح الطريق معبداً للاعتراف بمفهوم التعسف في استعمال الحقوق في منتصف القرن العشرين أي بعد أكثر من ثلاثة عشر قرناً من إقرار هذا المفهوم في الفقه الإسلامي.

29 ـ وعلى سبيل المقارنة فإن الإمامين أبا حنيفة وابن حزم يذهبان إلى إطلاق حرية المالك في التصرف في ملكه. ورأيهما أنه (لا ضرر أعظم من منع شخص من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقاً)[55]. أما جمهور الفقهاء المسلمين فقد رأوا أن التصرف الضار بالغير ضررٌ فاحشٌ، أو ضررٌ لا يتناسب مع المصلح المنشودة من التصرف من باب التعدي بالتسبب الموجب للضمان. ومن هذا الباب أيضاً أن يتصرف بقصد الإضرار بالغير، أو إذا لم يقصده ولكن كان حدوث الضرر بالغير نتيجة طبيعية أو غالبة لمثل هذا التصرف. ومنه أيضاً أن يتصرف لنفع نفسه دون قصد إلى الإضرار، وكان هناك طريق آخر لتحقيق النفع وتجنب الضرر[56]. ويكشف هذا الضبط يقيناً عن ملكة فقهية

(53) السابق: 185.

(54) المحلى لابن حزم 242/8 فقرة 1357.

(55) السابق: 241/8 فقرة 1355.

(56) الموافقات للشاطبي: 2/348-364.

متميزة. ويرجع هذا الضبط العملي إلى الأسس الشرعية العامة في الاستخلاف والملكية ومفهوم الحق وإيجاب التعاون وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة حسبما يأتي تفصيله في حينه من هذا البحث.

30 ـ مبدأ واجب الرعاية: ومن جهة أخرى فإن هذه النزعة الخلقية ذاتها هي التي قادت القانون العرفي إلى صياغة فنية للقاعدة العامة القاضية بالمسئولية عن جميع أنواع الإهمال، وذلك في عام 1932. وقد كان القانون العرفي يقضي قبل هذا التاريخ بوجوب العناية في أمور معينة مستقلة في ذاتها، بحيث لا تنتظمها قاعدة ولا يربط بينها قانون. من ذلك ما أوجبه على الناقل وحائز الحيوان والصانع والبائع والمقاول من تعهدات بالرعاية للمنقول والحيوان والمصنوع والمبيع ومحل العقد في المقاولة بحيث يوجب التقصير أو الإهمال المسئولية. وبذلك فإن معنى الإهمال والتقصير هو السلوك مسلكاً مخالفاً لما أوجبه القانون من واجب الرعاية والتبصر في غير الأحوال التي حددها. ويقتضي تحديد الإهمال على هذا النحو انتفاء المسئولية في غير الأحوال التي أوجب فيها القانون بذل العناية والحرص. ويختلف القانون العرفي في ذلك عن القوانين اللاتينية التي سبقته في صياغة القاعدة العامة القاضية بوجوب المسئولية للتعدي أو الإهمال مطلقاً حسبما سلفت الإشارة إليه. أما القانون العرفي فلم يأخذ قبل عام 1932 م بقاعدة للإهمال الموجب للمسئولية، وإنما حدد عدداً من الحالات التي ينشىء فيها الإهمال المسئولية[57].

31 ـ وقد شهد عام 1932 هذا التحول بفضل هذا الحكم الذي أصدره اللورد أتكين Lord Atkin في قضية Donoghue v. Stevenson. وفي هذه القضية اشترى المدعي زجاجة شراب اكتشف بعد تناولها أنه كان بداخلها دودة عند تعبئتها، وهو ما ألحق الضرر بالمدعي. وقد أوجب Atkin التعويض بناء على ما كان يفرضه القانون العرفي آنذاك على الصانع من مسئولية تجاه المستهلك. غير أنه تجاوز ذلك في حيثيات حكمه إلى البحث عن القاعدة العامة لوجوب الرعاية باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه المسئولية عن الإهمال. وقد وجد هذا القاضي الذي يبدو أنه كان مشبعاً بأخلاق الديانة المسيحية هذه القاعدة في المبدأ الخلقي القاضي بحب الجار بعد إعادة صياغته بما يناسب الهدف من نقله إلى المجال القانوني. وهو يعبر عن ذلك تعبيراً ظلت تتناقله المؤلفات القانونية في هذا الموضوع من بعده. وعبارته في ذلك:

لا يمكن اعتبار جميع الأفعال والتروك غير المقبولة من الناحية الخلقية موجبة للتعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها. . ويجب لذلك البحث عن معيار عام يضبط أحوال

(57) Foundations of the Law of Tort P. 79.

وجوب الرعاية من الناحية القانونية بحيث ترتد إليه وقائع الإهمال المتنوعة التي توجب المسئولية. وهذا المبدأ هو أن الواجب الخلقي القاضي بأن عليك أن تحب جارك ينتقل في صيغته القانونية إلى أن عليك ألا تؤذيه.. وأن تبذل العناية المعقولة Reasonable Care كيلا توقع الضرر به. أما مفهوم هذا الجار فإنه يشمل الأشخاص الذين يحتمل تأثرهم بفعلك أو تركك تأثراً قوياً مباشراً، ممن ينبغي أن تضعهم في اعتبارك عند تحرك قصدك إلى الفعل أو الترك[58].

32 ـ وقد أشارت المحكمة العليا في قضية المجلس البلدي بالخرطوم ضد ميشيل قطران (رقم 178 لعام 1958) إلى هذا النص في حكمها في هذه القضية التي كان موضوعها أن البلدية حفرت حفرة كبيرة في الطريق العام دون أن تتخذ أي إجراء ينبه إلى مكان هذه الحفرة، مما أدى إلى وقوع ميشيل قطران فيها وإصابته بعجز في قدمه اليسرى لا يقل عن 75 ٪. وقد قضت المحكمة بالتعويض للمتضرر، وجاء في منطوق حكمها: من ألحق ضرراً بالجار بالمفهوم المتقدم يكون قد أخل بواجبه نحوه، ولكن لا يمكن في حياتنا العملية وفي عالمنا المادي هذا أن يعتبر كل عمل أو امتناع عن عمل لا تقره قواعد الأخلاق عملاً ضاراً يمكن أن يكون سبباً لدعوى التعويض من جانب من لحق به الأذى ضد من تسبب في ذلك الضرر. ولذلك تنشأ قواعد القانون لتنظيم دائرة الأعمال الضارة.. وذلك يعني أن المحبة في القانون لا تعني أن تحب جارك وفق المفهوم الأخلاقي أو الديني.. بل تعني ألا تصيب جارك[59].

ولا يجد المرء عناء في إدراك أن هذا المبدأ الذي استعاره اللورد Atkin من الأخلاق المسيحية لضبط وقائع الإهمال الجزئية التي لا تنتهي عند حد ـ بتعبير اللورد ماكميلان ـ إنما يجد مقابله الشرعي في القاعدة الفقهية القاضية بوجوب رفع الضرر والمستمدة من قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وإن تميزت القاعدة الفقهية عن المبدأ الذي صاغه أتكن Atkin بالوضوح ودقة الصياغة الفنية والمباشرة في التطبيق والتعميم. وهو ما تتطلع إلى تحقيقه الصياغة القانونية الرفيعة. ومن المثير للألم لذلك ألا تجد المحكمة العليا السودانية في عام 1958 وقتاً للرجوع إلى الكتب الفقهية الإسلامية وأن تستبدل الذي هو أدنى بالذي هو خير، وإن كان هذا هو الحال في البلاد الإسلامية جميعها، ولله الأمر من قبل ومن بعد.

33 ـ النتائج المستفادة: يستفاد من هذا التتبع التاريخي الموجز لنمو مبادىء المسئولية التقصيرية في القوانين الغربية ما يلي:

(58) Foundations of Law of Torts P. 98 and Tort Law by Dias P. 41.

(59) أصول المسئولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني للدكتور محمد شتا أبو سعد ص 113.

(أ) ـ تمكنت هذه القوانين من صياغة أهم مبادىء المسئولية التقصيرية منذ نهاية القرن الثامن عشر. ولم تتوقف هذه القوانين عن التطور منذ هذا التاريخ استجابة للاعتبارات العملية التي شهدتها المجتمعات الغربية. وقد حقق القانون الفرنسي السبق على القانون العرفي في صياغة هذه المبادىء مع أن درجة التطور التي تهيأت للمجتمعات الغربية في عمومها كانت واحدة مما يوحي بوجود عوامل أخرى استفاد بها المشرع الفرنسي. أما القانون العرفي فقد تميز إيقاع تطوره بالسرعة في نهاية القرن التاسع عشر. وقد شهدت هذه الفترة التاريخية اكتمال صياغة هذا القانون لأهم مبادىء المسئولية التقصيرية. وقد اعتمد القانون الفرنسي على التشريع وإصدار التقنينات لتحقيق هذا التطور، أما القانون العرفي فقد اعتمد على كل من التشريع وقرارات المحاكم لتحقيق الهدف نفسه.

(ب) ـ تتفق هذه المبادىء في كثير من أوجه صياغاتها مع المبادىء الفقهية التي حواها الفقه الإسلامي منذ بدء وجوده. وإذا استبعدنا استمداد القوانين الغربية لهذه المبادىء من القانون الروماني الذي لم يعرفها في أعلى درجات تطوره فإن من المحتمل قيام علاقة من نوع ما بين الفقه الإسلامي وهذه القوانين. والذي اعتقده أن الفقه الإسلامي قد أثر في تشكيل الملامح العامة لنظرية المسئولية التقصيرية Torts في القانون العرفي. ويتطلب إثبات هذه الدعوى النظر في أمرين: أولهما إدراك أوجه التشابه بين طرفي هذه العلاقة، والثاني: إثبات الصلة التاريخية بين التشريعين وتحديد قنوات الاتصال بينهما. ويلفت النظر في مجال التشابه بين هذين التشريعين الاتفاق في الفصل بين نوعي المسئولية: المدنية والجنائية، أو الجوابر والزواجر في الاصطلاح الفقهي بالرجوع إلى عدد من الأسس المشتركة، كما يلفت النظر أيضاً الاتفاق في تقسيم أنواع التعديات الموجبة للمسئولية المدنية أو الضمان بالتعدي (مباشرة وتسبب وغصب). ويشتركان كذلك في النظر إلى الإهمال وضابطه وما يوجبه وفي النظر إلى الإهمال المشترك ومفهوم علاقة السببية وتكليف المدعي بعبء الإثبات إلا في مواطن التهم. وهناك أيضاً الاتفاق ـ في التطوير الأمريكي للقانون العرفي ـ على مفهوم التعسف في استعمال الحق وعلى النظر إلى حق الخصوصية. أما العلاقة التاريخية بين الفقه الإسلامي والتشريعات الغربية فقد بدأت منذ القرن الثاني الهجري بتطبيق الفقه الإسلامي نفسه في أسبانيا وجنوب فرنسا وعدد من البلاد الأوروبية، واتخذت هذه العلاقة أشكالاً متعددة في الصراع الحربي والسياسي والفكري أثناء الحروب الصليبية وفي العصور التالية لذلك. وقد ترجمت كثير من الأعمال الفقهية في نهاية القرن الثامن عشر وفي القرن التاسع عشر طبقاً لخطة تغيت ترجمة كتاب معتمد أو أكثر من كل مذهب من المذاهب المشهورة. من ذلك ترجمة هاملتون للهداية وترجمة بعض أجزاء الفتاوى العالمكيرية، والمنهاج للنووي، وشرائع الإسلام للحلي. وقد قام القضاة الانجليز بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في محاكم شبه القارة الهندية أكثر من قرن من

الزمان بعد احتلالهم لها، وتضمن تشكيل المحكمة وجود مساعد مسلم يرجع إليه هؤلاء القضاة لمعرفة الحكم الفقهي المتعلق بموضوع النزاع، طبقاً لما حققه كولسون في كتابه تاريخ التشريع الإسلامي[60].

34 ـ ويستبعد النظر إلى طبيعة هذه العلاقة بين التشريعين احتمال تفسير الاتفاق أو التشابه بينهما على أساس التوارد والالتقاء في الخواطر والأفكار. وهذا التفسير هو الأقرب إلى الاحتمال فعلاً إذا ضعفت الصلة التاريخية أو إذا كان لهذا التوارد ما يبرره من العوامل الذاتية الخاصة بالفكر المتأثر. ويكفي للدلالة على طبيعة هذه العلاقة التي قويت في انجلترا ذاتها منذ الحروب الصليبية وأسهمت في تطوير الفكر القانوني هناك ما ذكره Holdsworth من وجود قانون فرضه الملك هنري الأول عام 1188 وأطلق عليه اسم قانون صلاح الدين للعشور Saladin Tithe الذي يعد من أوائل التشريعات المتعلقة بفرض الضرائب على الممتلكات الشخصية عن طريق التحقق من هذه الممتلكات بالرجوع إلى جيران الشخص للسؤال عن حقيقة وضعه المالي[61]. وتستخدم كلمة Tithe على وجه العموم في معنى العشر الذي يدفعه الشخص من دخله الكلي في أوجه الخير أو للدولة، كما تستخدم في معنى الضريبة كذلك. وتقابل كلمة Tither كلمة العاشر في الاصطلاح الفقهي، حسبما يدل عليه المفهوم المحدد لهذه الكلمة في معجم Blackstone. وقد ولد صلاح الدين الأيوبي عام 532 هـ/1138 م وتوفي عام 589 هـ/1193 م، مما يدل على أن اقتباس اسمه عنواناً على القانون المشار إليه قد تم في حياته.

ولم تكن العوامل الذاتية الخاصة بالمجتمع الانجليزي بقادرة على تطوير القانون العرفي والارتقاء به من جهة أن هذا المجتمع كان مجتمعاً إقطاعياً. وقد تشكل النظام القانوني العرفي لذلك من مجموعتين من المبادىء المتناقضة، أولاهما امتيازات السادة الإقطاعيين والأخرى حقوق الكافة أو الجمهور. وقد غلبت امتيازات الطبقة الحاكمة حتى بداية الثورة الصناعية، وكان التطوير التدريجي لإصلاح مسيرة التفكير القانوني هو الطريق المتاح في ظل هذه الاعتبارات. ويدل فرض الملك هنري الأول لقانون ضرائبي بعنوان وملامح إسلامية على أن اقتباس بعض أحكام الفقه الإسلامي دون تعديل أمر كان يحظى بقبول عام ولا يجد معارضة من الطبقة الحاكمة أو الجمهور. ويعني هذا الموقف العام في الأقل قبول القانون العرفي للتأثر المباشر بأحكام الفقه الإسلامي في مجالات أخرى. وفي رأي John Brigge أن الفقه الإسلامي هو مصدر القوانين الغربية في تطويرها لأحكام المسئولية

---

(60) تاريخ التشريع الإسلامي ترجمة المؤلف ومراجعة د. حسن الشافعي. منشورات المؤسسة الجامعية 1992.

(61) A History of English Law, P. 179 v. II.

وأنه هو التشريع الذي أقام التفريق بين أنواع هذه المسئولية على نحو واضح، الأمر الذي لم تستطع القوانين الغربية الأخذ به إلا بعد قرون عديدة[62].

35 ـ ولا تكفي هذه الإشارات السريعة لتقديم تصور واضح عن تأثير الفقه الإسلامي في غيره من القوانين الغربية بشكل مباشر أو غير مباشر. ويجب أن يكون ذلك موضوعاً لدراسة مستقلة تتعقب كلاً من الجسور التاريخية العديدة التي تَحَقَّقَ للفقه الإسلامي عن طريقها هذا التأثير والمبادىء التي انتقلت من هذا الفقه إلى غيره، تصحيحاً لهذا الخطأ التاريخي وإدراكاً لأبعاد الدور الذي لعبه الفقه الإسلامي في تنمية التفكير القانوني وتطويره. لقد ظلم الفقه الإسلامي من أعدائه الذين استهانوا به ومن ابنائه وهو حري ببذل الجهود اللازمة لوضعه موضع التطبيق.

36 ـ اتجاهات حديثة في قوانين المسئولية التقصيرية: يتجه بعض المشتغلين بالدراسات القانونية في البلاد الغربية إلى الاعتقاد بأن المسئولية التقصيرية في جوهرها القائم على فكرة الخطأ أو التعدي نظام ينبغي العمل على إلغائه واستبدال غيره به لما ينطوي عليه هذا النظام من مثالب عديدة، من بينها:

1 ـ طول أمد التقاضي وغموض أسس احتساب الخطأ وتقدير قيمة التعويض الذي يقل ويكثر في الظروف المتماثلة دون مبرر مقنع. ولذا يشبه البعض التقاضي في هذا المجال بلعبة القمار واليانصيب.

2 ـ ارتفاع تكلفة التقاضي في ظل هذا النظام. وتثبت بعض الإحصاءات أن ما يقرب من نصف مقادير التعويضات يستولي عليه المحامون وشركات التأمين وغيرهم من هؤلاء الذين يتاجرون في عاهات المتضررين والإصابات التي تلحق بهم.

3 ـ البعد عن العدالة. وفي ذلك يقول Andre Tunk: إن أحكام المسئولية التقصيرية التي كانت تهدف في الماضي إلى محاسبة المسئولين عن الأضرار الناشئة من الخطأ العمدي أو التقصيري قد تعدت ذلك إلى المساءلة عن الأخطاء البشرية التي لا يمكن تجنبها، كعدم الانتباه اليسير أو رد الفعل إزاء خطر داهم مفاجىء، مثلما هو الحال في قيادة السيارات. ويؤدي ذلك إلى تحمل الشخص المسئولية عن ضرر لا سبيل أمامه لتفاديه. وفي نظر أصحاب هذا الرأي أن ذلك أمر لا يمكن تبريره من الناحية الخلقية. ويرون لذلك وجوب العمل على الفصل بين الأهداف الأخلاقية التي يسعى قانون المسئولية التقصيرية إلى تحقيقها وبين تلك الأهداف العملية التي يرجوها هذا القانون، وهي تعويض

(62) The Guilty Mind: Psychiatry and the Law of Homicide, quoted from the Pakistan Penal Code, a commentary by Ahsan Suhail Anjum, Lahore 1982, P. 50.

المتضررين والمصابين بأعداد متزايدة. والحل في رأيهم هو العمل على إلقاء أعباء التعويض على قطاع يستطيع تحمله دون مشقة كبيرة(63).

37 ـ وقد تألفت في البلاد الغربية حديثاً عدة لجان لدراسة هذه المشكلات ووضع الحلول لها. ففي انجلترا تشكلت عام 1971 م اللجنة الْمَلَكِيَّة للمسئولية المدنية والتعويض عن الإصابات الجسدية Royal commission on civil liabilitg and personal injury وأصدرت تقريرها عام 1976(64). وأوجب هذا التقرير الإبقاء على نظام المسئولية التقصيرية الحالي القائم على مفهوم الخطأ إلى جوار نظام التأمينات الاجتماعية القائم على مبدأ التكافل في تحمل الضرر. وقد أسعد هذا الاتجاه أولئك الذين لا يريدون تدخل الدولة إلا في أضيق الحدود، لكنه أزعج غيرهم الذين اعتبروه نوعاً من الاستسلام المخزي لأصحاب المصالح في استمرار الوضع الحالي بمثالبه السابقة. وينطلق هؤلاء في انتقادهم للوضع الحالي للمسئولية التقصيرية من المبدأ القاضي بأن على الدولة أن تجعل من نفسها إلى حد كبير شركة تأمين ضد الحوادث، بما يحقق توزيع المضار التي تصيب الأفراد على أكبر عدد منهم. وإذا كان القانون قد قبل هذا المبدأ فيما يتعلق بحماية الفرد من الأضرار المالية التي تحدث له نتيجة الشيخوخة والمرض والبطالة فإن على المجتمع أن يقبل تحمل هذه المسئولية في مجال التعديات المدنية. وينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى قبول تعويض العمال عما تسببه لهم حوادث الصناعة من أضرار دون اشتراط الخطأ باعتباره بداية النهاية لنظام المسئولية التقصيرية التقليدي. ويبدو استعداد هذا النظام التقليدي لتقديم تنازلات أخرى تغليباً للمصلحة الاجتماعية في مجال حوادث السيارات، حيث اتجهت بلاد عديدة إلى تقديم التعويضات للمصابين في هذه الحوادث دون اشتراط الخطأ، بعد أن أحست هذه البلاد بأن الإصرار على هذا الشرط من شأنه أن يخلق كثيراً من المصاعب للمحاكم والمتقاضين على السواء(65).

38 ـ وقد أغرت هذه الانتقادات المريرة نيوزيلندا بهجر العمل بأحكام المسئولية التقصيرية في مجال الإصابات البدنية وأخذت الدولة بنظام للتأمينات الاجتماعية يتكفل بالتعويض عن هذه الإصابات. وقد جاء هذا النظام تنفيذاً لمقترحات لجنة وود هاوس The WoodhouseConmmittee الصادرة عام 1967. ويقوم هذا النظام على تصنيف المستفيدين به إلى ثلاثة أصناف. الأول: العاملون في الدولة والقطاع الخاص ومن يعولونهم ويجب على هؤلاء تمويل تكلفة تعويضاتهم بالتكافل فيما بينهم. ويستحق المستفيد منهم في حالة العجز الكلي نسبة 80٪ من دخله قبل العجز، إلا إذا كان دخله هذا ضعيفاً فترتفع هذه

(63) Tort, Castes and Material by Hepple and Mathews PP. 8, 817.

(64) السابق: 810 وما بعدها.

(65) القانون في أمريكا ص 396 وما بعدها.

النسبة إلى 90%، والحد الأقصى للتعويض هو 15,600 دولار في السنة. والثاني المصابون في حوادث الطرق ومن يعولونهم ممن يجري تعويضهم من حصيلة التأمين الجبري المفروض على أصحاب المركبات، ويحتسب التعويض الواجب لهم باتباع الأسس السابقة ذاتها. والثالث المصابون الآخرون من غير الشرائح الاجتماعية السابقة كربات البيوت وغير العاملين والسياح ومن يعولونهم. وهؤلاء تتحمل الدولة تعويضاتهم من خزانتها العامة[66].

39 ـ وفي استراليا تألفت عام 1974 لجنة قومية برئاسة Wood house واقترحت الأخذ بنظام مماثل لما أخذت به نيوزيلندا في مجال الأضرار البدنية. غير أن مقترحات هذه اللجنة لم توضع موضع التطبيق بعد[67].

40 ـ وتستند هذه المقترحات إلى مفهوم المسئولية الاجتماعية CommunityResponsibility عن الأضرار المفاجئة التي تلحق ببعض الأفراد والتي تعجزهم عن الوفاء باحتياجاتهم الخاصة عن طريق العمل والكسب. وعلى الرغم من مشروعية الاحتماء بهذه المسئولية الاجتماعية من جهتي المنطق والخلق فإن الحكم بفاعلية هذا الاحتماء من الوجهة العملية ما يزال أمراً سابقاً لأوانه في رأي عدد من المحللين الذين يتخوفون من احتمال أن يؤدي الإحلال الكامل للمسئولية الاجتماعية محل المسئولية الفردية إلى تنمية الشعور بعدم الاكتراث وإضعاف دواعي الحذر والتحوط في مجالات قيادة السيارات وإنتاج البضائع المعيبة وغيرها مما يؤدي إلى زيادة الحوادث وكثرة الإصابات وارتفاع الأعباء التي يتحملها المشتركون نتيجة لذلك[67].

وتهدف هذه المقترحات إلى علاج عيوب التطبيق العملي للتقاضي في مجال المسئولية التقصيرية المتمثلة في طول أمد التقاضي وارتفاع تكلفته وضعف كفاءته في إيصال الحقوق لمستحقيها وكثرة عدد القضايا التي تدفع المحاكم إلى الإحساس بالعجز مما يؤدي إلى شعور المتضرر إزاء التعقيد والجشع الذي يمارسه بعض الوكلاء وغيرهم بأن الأيسر أن يتحمل المرء ما لحق به من ضرر وألا يذهب إلى محكمة للمطالبة بحقه. ومع ذلك فإن عيوب التطبيق لا تبرر هجر النظرية إذا كانت خطوطها العامة متماسكة في ذاتها. ويجب علاج هذه العيوب في إطارها الخاص بها.

41 ـ ويجب التفريق من الوجهة الشرعية بين إيجاب الضمان على المتعدي في الأموال والحقوق التي تجري مجراها مما يمكن أن يتحمله المتعدي دون مشقة كبيرة وبين تأمين وصول التعويض لمستحقيه في الأضرار البدنية التي لا يستطيع المتعدي أو المخطىء

(66) Tort, Cases and Materials, by Hepple and Mathews P. 807.

(67) السابق: 809.

في العادة تحملها إلا بمشقة ولذا تتحملها العاقلة إذا بلغت مقداراً معيناً من الدية (الثلث عند المالكية والشافعية والحنابلة ونصف العشر عند الأحناف). وعلى المتعدي في الفقه الإسلامي واجب تعويض المتضرر بخطئه في الإصابات البدنية اليسيرة التي لا تتحملها العاقلة وفي الأضرار المالية الأخرى التي يغلب أن يكون مقدار التعويض الواجب في حدود طاقته. أما التعويض عن الإصابات والجروح الذي يبلغ ثلث الدية عند الجمهور أو نصف العشر عند الأحناف فإن العاقلة هي التي تتحمله، تغليباً لرعاية حق المتضرر وضماناً لوصول حقه إليه. وحتى لا يطل دم في الإسلام، فإن الدية قد وجبت على العاقلة لهذه الاعتبارات. ويعلل ابن تيمية لوجوب الدية وأجزائها على العاقلة بأن (دية المقتول مال كثير. . والخطأ مما يعذر فيه الإنسان، فإيجاب الدية في ماله (المخطىء) ضرر عظيم به من غير ذنب تعمده، ولا بد من إيجاب بدل للمقتول. فالشارع أوجب على من عليهم موالاة القاتل ونصره أن يعينوه على ذلك. فكان هذا كإيجاب النفقات التي تجب للقريب أو تجب للفقراء والمساكين وكإيجاب فكاك الأسير من بلاد العدو، فإن هذا أسير بالدية. . . وهي لم تجب باختيار مستحقها. . وليست قليلة في الغالب كأبدال المتلفات، فإن إتلاف مال كثير بقدر الدية خطأ نادر جداً بخلاف قتل النفس خطأ)[68].

42 ـ ولا يجب التعويض في الشريعة في أي من الحالين إلا بارتكاب خطأ يتعين على المدعي إثباته إلا في مواطن التهم التي ينتقل عبء نفيه إلى المدعى عليه، حسبما سلفت الإشارة إليه، إذ لا ينشأ الضمان إلا عند قيام سببه وهو الخطأ أو التعدي.

ومع ذلك فإن عدم قيام الحق في التعويض لا ينفي واجب المجتمع شرعاً في الرفق بالمتضرر والإحسان إليه أو اتخاذ الوسائل الكفيلة برفع الضرر عنه بمقتضى ما يجب من التعاون والتراحم والتواد بين المسلمين. غير أن هذين الواجبين (واجب التعويض بالتعدي وواجب التعاون على رفع الضرر) يختلفان في طبيعتهما وأسبابهما والأحكام المترتبة عليهما. فواجب التعويض بالتعدي سببه الخطأ والتعدي وحكمه لزوم رفع الضرر الناشىء عن الخطأ طبقاً للتقديرات التي حددها الشارع. أما الواجب على المجتمع فسببه الحاجة أو الاتفاق على تحمل الضرر فيما يتعلق بالتأمين التعاوني أو التزام الدولة به، ويتقدر الواجب لذلك بقدر الحاجة أو التراضي أو الالتزام.

ومشكلة الاقتراحات السابقة أنها لم تفرق فيما يبدو لي بين ما يوجبه التعدي من التزام بتعويض المتضرر بهذا التعدي وبين ما يوجبه التكافل الاجتماعي من مسئولية تجاه المتضررين. وقد أدى عدم التمييز بين هذين الأمرين إلى المفاضلة بينهما وتغليب الأخذ بأحدهما. وكان غياب نظام العاقلة سبباً في الانحياز إلى اعتبار المجتمع مسئولاً عن حماية

(68) مجموع فتاوى ابن تيمية: 553/20.

مصالح المتضررين في الإصابات الجسدية. وقد استطاع نظام العاقلة، بترتيب لأحناف له من قرابة المتعدي وعصبته وأهل ديوانه وبيت مال المسلمين، الوفاء بهذه المسئولية الاجتماعية.

43 ـ والخلاصة أن المسئولية تقوم في الفقه الإسلامي على ركن الخطأ في الأضرار المالية والبدنية وأن تحمل واجب التعويض يقع على المتعدي في الأضرار البدنية إذا كان العبء في الطاقة غالباً، أما إذا بلغ الواجب نصف عشر الدية عند الأحناف أو ثلثها عند غيرهم فإن العاقلة هي التي تتكفل بحمل هذا الواجب. أما الأضرار المالية فإن المتعدي هو الذي يتحملها بالغة ما بلغت، لأن الغالب ألا تكون قيمتها كبيرة ولأن الشريعة لا تنزل المصالح المالية في الاعتبار منزلة المصالح المتعلقة بحفظ البدن. وفي رأيي أن نظام العاقلة يستطيع إذا أحسن ترتيبه باجتهاد مماثل للاجتهاد الحنفي أن يقوم بتوزيع الضرر في الإصابات البدنية على قطاع يستطيع تحمله دون مشقة مما يؤدي إلى حل كثير من المشكلات التي يواجهها التطبيق الحالي لأحكام المسئولية التقصيرية. ذلك أن هذا النظام من المرونة بحيث يسمح بالتوفيق بين مصالح المتضرر والمتعدي.

أما إلقاء العبء على الدولة وعدم اشتراط الخطأ فإن ذلك لا يعد تطويراً أو إصلاحاً لأحكام المسئولية التقصيرية بقدر ما يعتبر تحديداً جديداً لواجبات الدولة. وإذا وضعنا مقترحات اللجان السابقة الذكر هذا الوضع فإنه لن يكون هناك أي مانع من الوجهة الشرعية لتدخل الدولة في التخفيف عن المتضررين على أساس مبادىء التعاون والإحسان وليس بالرجوع إلى أحكام المسئولية التقصيرية.

44 ـ وتوضح هذه الإشارات السابقة اهتمام البلاد الغربية بموضوع المسئولية التقصيرية باعتبارها أداة لضبط السلوك الاجتماعي من جهة وأسلوباً لتخفيف الضرر عن الأفراد المعتدى عليهم من جهة أخرى. وتهدف هذه البلاد إلى صياغة نظام لهذه المسئولية يتسم بالوضوح وعدم تعقيد إجراءاته مما ييسر وصول الحقوق لأصحابها بالحد الأدنى من التكلفة ويمنع استغلال شركات التأمين وغيرها لهؤلاء الذين ألقت بهم الأقدار إلى هذه الشركات.

وتقف البلاد الإسلامية من هذا النشاط موقف المتفرج الذي قد ينحاز في النهاية لحل أو آخر دون نظر لمدى ملاءمته لظروفه الخاصة وإمكانات تطبيقه وتأثيراته الجانبية وتوافقه مع مبادىء الشريعة. ويرتد هذا الموقف الذي يشبه موقف الوارث السفيه بتعبير بعض علمائنا إلى الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية التي أقصيت عن التطبيق ما يقرب من قرن وإلى ضعف مؤسساتنا العلمية التي يجب عليها أن تتصدى لدراسة المشكلات الاجتماعية المتعلقة بإصابات العمل وحوادث المرور والعجز عن الكسب مما عساه أن يؤدي في النهاية

إلى صياغات تشريعية تنبع من الأصول الإسلامية وتسهم في تحقيق التكافل الاجتماعي الذي أراده هذا الدين وشرع له من الأنظمة (الزكاة والصدقة وغيرها) ما ييسر تطبيقه في الواقع العملي.

45 ـ ولا شك في أن الحاجة ماسة إلى تحقيق إصلاح تشريعي يوفر الحلول للمشكلات التي تواجه الأفراد في مجال التعديات المدنية. ولا أشير بذلك فحسب إلى مشكلات تعقد إجراءات التقاضي في هذا المجال وطول أمده وضعف التعويضات التي تصل إلى المتضررين وارتفاع التكلفة حتى أصبحت قضايا حوادث السيارات أوضح دليل على عجز القضاء المدني في بلادنا عن تحقيق العدالة، وإنما أشير أيضاً إلى تلك المأساة الاجتماعية العامة المتمثلة في غياب الإحساس بالواجب تجاه الغير. ويكفي للدلالة على ذلك النظر إلى الحرية التي يمنحها كل منا لنفسه في الانتفاع بالطرق العامة دون التفات إلى ما يجره ذلك من أضرار، وإلى عدم تورع الشركات والهيئات المختلفة عن إلقاء مخلفات مصانعها في الأنهار والترع أو ترك الحفر في الطرق دون التنبيه على وجودها مما يهدد الجميع بأوخم العواقب. وقد صار هذا الموقف مقبولاً في عمومه حتى لا يفكر المتضرر في اللجوء إلى القضاء. وفي ظل هذه الفوضى العامة لا تتورع العديد من المؤسسات عن إنتاج سلع معيبة وترويجها بين الجمهور. والنتيجة هي غياب روح المسئولية واختلال الأداء الاجتماعي. ويوجب هذا كله السعي إلى إصلاح أحكام المسئولية التقصيرية بإعادة صياغة هذه الأحكام على ضوء مبادىء الشريعة وأسسها لقدرة هذه المبادىء على ضبط سلوك الناس وتوفير العدالة المفقودة.

46 ـ ويتألف المنهج الذي تقترحه هذه الدراسة لإصلاح قوانين المسئولية التقصيرية من الخطوط العامة التالية:

(أ) إقامة نظام المسئولية التقصيرية على الأسس الشرعية القاضية بحق الفرد في حفظ أمواله وشرفه وسلامة بدنه، وبمسئولية كل فرد عن عمله، وبوجوب رفع الضرر الناشىء عن التعدي سواء بنقله إلى المتعدي أو بتحميله على قطاع كبير لا يشق ذلك عليه.

(ب) التعدي أو الخطأ هو سبب قيام هذه المسئولية.

(جـ) يتحمل المتعدي واجب التعويض في ماله إذا تعلق الضرر بالأموال أو إذا تعلق بالأبدان وقل هذا الواجب عن المقدار الذي تتحمله العاقلة. وقد ينتقل واجب التعويض إلى العاقلة إذا تعلق الضرر بالأبدان.

(د) لا يبرىء إلقاء واجب التعويض على عاتق المدعي أو عاقلته الدولة من واجبها تجاه المتضررين الذين لا يتسع نظام المسئولية التقصيرية لهم ولحل مشكلاتهم، كما هو

الحال بالنسبة للمرضى والعجزة وكبار السن والمصابين في الحوادث بأخطائهم هم والمستحقين لتعويضات لا تكفي احتياجاتهم. ويجب للوفاء بذلك إنشاء قسم أو هيئة في الدولة لتتبع هذه الجهات وتمويل إعاناتها من موارد الزكاة والصدقات للمستحقين أو فرض ضريبة للتكافل الاجتماعي ينفق من حصيلتها عليهم إذا اقتضت المصلحة ذلك.

47 ـ وبذلك يتعاون نظام المسئولية التقصيرية أو ضمان العدوان ونظام التكافل الاجتماعي على التخفيف من الأضرار المتنوعة التي يعاني منها الناس في مجتمعاتنا. ومن الواضح أن أياً من هذين النظامين لا يستطيع بمفرده تحقيق الأهداف المنوطة بهما معاً. وقد أخطأت تلك الدول التي استبدلت نظام المسئولية الاجتماعية بنظام المسئولية التقصيرية. ولا شك في أن من أوجب الواجبات على الدولة الإسلامية رعاية المصالح الاجتماعية ومعاونة الضعاف وأصحاب العاهات. وإذا كان الفقه الإسلامي قد سبق الأنظمة القانونية الراقية الآن في صياغة مبادىء المسئولية وعاونها على الترقي في هذا المجال فإنه ما يزال قادراً على إفادة هذه الأنظمة بما أقامه من توازن بين المسئولية الفردية والاجتماعية في مجال رفع الضرر.

47 ـ تقنينات حديثة لأحكام الشريعة الإسلامية في الضمان: اهتمت البلاد الإسلامية بموضوع الضمان وقننت أحكامه وفق مبادىء الشريعة الإسلامية. ومن أهم التجارب الرائدة في هذا المجال وأسبقها ما تضمنته مجلة الأحكام العدلية التي أصدرتها دولة الخلافة العثمانية عام 1286 هـ ـ 1876 م والتي استمر العمل بها في بعض الدول العربية حتى منتصف هذا القرن ولم ينته العمل بها في الأردن إلا في عام 1976 حين صدر القانون المدني الذي حل محل المجلة في التطبيق. ويتعلق بأحكام الضمان وقواعده ما يأتي:

1 ـ القواعد الكلية العامة التي تشكل الأساس العام لنظرية الضمان. وذلك كقواعد لا ضرر ولا ضرار (م 19)، والضرر يزال (م 20)، والضرورات تبيح المحظورات (م 21)، والضرورات تقدر بقدرها (م 22) والضرر لا يزال بمثله (م 25)، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (م 26)، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (م 27) والضرر يدفع بقدر الإمكان (م 31)، والاضطرار لا يبطل حق الغير (م 33) والعادة محكمة (م 36) والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (م 43) والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م 44) وإذا بطل الأصل يصار إلى البدل (م 53) ويلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (م 83) والخراج بالضمان (م 85) والغرم بالغنم (م 58) ويضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً (م 89) والجواز الشرعي ينافي الضمان (م 91) إلى غير ذلك مما تضمنته المواد 92 إلى 97.

2 ـ أحكام الغصب التي جاءت في المواد 890 إلى 912.

3 ـ أحكام الإتلاف التي تضمنتها المواد 912 إلى 942.

49 ـ وقد تأثرت القوانين المدنية التي حلت محل المجلة في العراق والأردن والكويت بمنهج المجلة، ويظهر ذلك على نحو واضح في القانون المدني العراقي الصادر عام 1951 م الذي أفرد لأحكام الغصب المواد: 190 حتى المادة 237. وتجب الإشارة في هذا الصدد كذلك إلى مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الذي قدم إلى مجلس الشعب المصري عام 1981، وكان على وشك الصدور لولا استماتة الأجهزة الراغبة عن تطبيق شرع الله عز وجل. وقد شمل هذا المشروع أحكام العمل غير المشروع في المواد من 169 إلى 191. وأحدث التقنينات التي صدرت في العالم الإسلامي متناولة أحكام الضمان هو قانون المعاملات المدنية السوداني الذي وضع موضع التطبيق في عام 1984. وقد تعرض هذا القانون لأحكام المسئولية عن الأفعال الشخصية وأفعال التابعين من خدم ومرؤوسين وغيرهم، كما تعرض للمسئولية عن الحيوانات والأشياء. وقد شملت نظرية الضمان في هذا القانون المسئولية المهنية والوظيفية بعد اتساع تأثير هذه المسئولية في المجتمع الحديث. وقد تدارك القانون النقص في القوانين السودانية السابقة بوضع الضوابط الأخلاقية والقانونية التي يجب الضمان بمخالفتها حماية لمصالح المتعاملين مع الموظفين والحرفيين وغيرهم. ويبدو تأثر قانون المعاملات المدنية السوداني بالمذهب المالكي رغم اتساعه لكثير من آراء المذهب الحنفي بإيجاب الضمان على الترك إذا نشأ منه ضرر، تطبيقاً للقاعدة المالكية: من ترك واجباً في الصون ضمن[69].

وهناك غير هذه التقنينات الرسمية عدد من التقنينات التي صاغها عدد من العلماء بصفتهم الشخصية. من ذلك مرشد الحيران لقدري باشا ومجلة الأحكام الشرعية للقاضي أحمد بن عبد الله القاري والمقارنات التشريعية للأستاذ سيد عبد الله حسين الذي رتب كتابه على النسق القانوني وإن لم يتبع هذا النسق في الصياغة.

ولعل هذه الجهود المتنوعة أن تيسر طريق هذا البحث وأن تسدده، وهي توحي على وجه اليقين باجتماع القلوب والعزائم على الرغبة في تطبيق الشريعة، استعادةً لمجد تالد وسعياً لحل المشكلة القانونية التي تعاني منها البلاد الإسلامية المتمثلة في عجز القوانين المطبقة فيها عن التلاؤم مع احتياجات مجتمعات هذه البلاد في الأمن والتنظيم والتقدم.

(69) تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة للدكتور المكاشفي طه الكباشي ص 20 نشر الزهراء للإعلام العربي الطبعة الثانية 1407-1986.

القسم الأول

مفهوم الضمان وحكمه وأركانه

الفصل الأول: مفهوم الضمان وأنواعه
الفصل الثاني: مشروعية ضمان العدوان ومقصاده في الشريعة وأسسه العامة
الفصل الثالث: أركانه

الفصل الأول

مفهوم الضمان

50 ـ تقديم

يتعلق هذا الفصل ببيان مفهوم الضمان وأنواعه وما يميزه عن غيره من أنواع المسئوليات الأخرى تمهيداً لتحديد مفهوم ضمان العدوان الذي تتخذه هذه الدراسة موضوعاً لها مع مقارنة مفهوم ضمان العدوان في الاصطلاح الفقهي بمفهوم المسئولية التقصيرية Torts في الاصطلاح القانوني.

ويتعلق هذا الفصل من جهة أخرى ببيان مشروعية ضمان العدوان وحكمة هذه المشروعية أو المقاصد والمعاني التي أرادها الشارع من شرعه لهذا الضمان. ويعرض هذا الفصل أخيراً للمبادىء العامة التي يقوم عليها هذا الضمان في الشريعة.

المبحث الأول: تعريف الضمان

51 ـ مفهوم الضمان اللغوي: يدل الضمان في اللغة على عدة معان منها التحمل والمسئولية والالتزام. جاء في لسان العرب: ضمن الشيء وبه ضمناً وضماناً كفل به. وضمَّنَهُ إياه: كَفَّله. وفلان ضامن وضمين: كافل وكفيل. يقال ضمنت الشيء أضمنه ضماناً فأنا ضامن، وهو مضمون. وفي الحديث: «من مات في سبيل الله فهو ضامن على الله أن يدخله الجنة. أي ذو ضمان...» والحديث مرفوع في الصحاح عن أبي هريرة بمعناه. وفي القاموس المحيط أن قولك ضمَّنتهُ الشيء تضميناً فتضمنه عني بمعنى غرَّمته فالتزمه. وقد وردت هذه الكلمة في السنة النبوية بهذا المعنى في مواطن كثيرة. من ذلك قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[1]، وقوله: «الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن» وقوله «وإن ما

(1) في بعض طرق هذا الحديث أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه=

أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»[2]. وقوله «من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن»[3]. وقد ورد كذلك نهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن[4]. وهي بهذا المعنى في كتب الآثار المتقدمة في تاريخ تأليفها ومن المعاني اللغوية للضمان والتضمين شغل الشيء بغيره واشتماله عليه، كما في قولهم ضمن الوعاء الشيء وتضمنه وضمنته إياه وهي في ضمانه بمعنى إحرازه فيه واشتماله عليه. ومن ذلك أن تقول ضمَّن كتابه أو كلامه معنى حسناً. ومن هذا المعنى قولهم ـ كما جاء في لسان العرب ـ شرابك مُضَمَّن إذا أودعته الكوز أو الإناء. ومنه قولهم الضامنة من النخيل، فاعلة بمعنى مفعولة، بمعنى ما يكون في القرية من النخيل وما يشتمل عليه سورها. وفي هذا المعنى جاء نهيه ﷺ عن بيع الملاقيح والمضامين[5]. والملاقيح ما في بطن الناقة، أما المضامين فتعني ما اشتمل عليه أصلاب الفحول.

وقد ورد الضمان والضمَّانة والضُّمْنة بمعنى المرض والزمانة والعلة المستديمة التي تلزم صاحبها مكانه كما تلزم العهدة الكفيل حسبما جاء في أساس البلاغة توضيحاً لعلاقة هذا المعنى المجازي لكلمة الضمان بمدلولها الحقيقي. ومن ذلك قولهم رجل مضمون اليد أي مخبونها ومعلولها، كما جاء في القاموس المحيط، والمضمَّن من أبيات الشعر ما لا يتم معناه إلا في البيت التالي له، وعده أكثرهم عيباً في الشعر. وفي حديث عبد الله بن عمر «من اكتتب ضمناً بعثه الله ضمناً يوم القيامة» ومعناه أنّ من سأل كتابة نفسه في ديوان الزمنى ليعذر عن الجهاد ولا زمانة به بعثه الله يوم القيامة زَمِناً. وفي الأثر أنه كان لعامر بن ربيعة ابن أصابته رمية يوم الطائف فضمن منها أي زمن. وفي الأثر كذلك أنهم كانوا يدفعون المفاتيح إلى ضمناهم ويقولون إن احتجتم فكلوا[6].

52 ـ المفهوم الاصطلاحي: يطلق الضمان في الاصطلاح الفقهي ويراد به المعاني التالية:

الأول، وهو أخص إطلاقاته، إرادة معنى الكفالة به. وقد وردت كلمة الضمان بهذا المعنى عنواناً لمبحث الكفالة في كتب الفقه المالكي والشافعي والحنبلي. وهم يعرفونه

= إلى رسول الله ﷺ فرده عليه. فقال الرجل يا رسول الله قد استعمل عبدي فقال الخراج بالضمان، وهو حديث صحيح رواه ابن حبان وأبو داود والترمذي والنسائي في كتاب البيوع وابن ماجة في التجارات ومسند أحمد بلفظ آخر: 80/6، 116، 161.

(2) أبو داود كتاب الصلاة والترمذي في المواقيت وابن ماجة في الإقامة ومسند أحمد: 232/2، 283، 382.

(3) الموطأ كتاب الأقضية ومسند أحمد: 436/5.

(4) أبو داود الديات وابن ماجة في الطب والنسائي في القسامة.

(5) الموطأ كتاب البيوع.

(6) لسان العرب مادة ضمن.

بهذا الاعتبار تعريف الكفالة؛ فيعرفه الدسوقي بأنه (شغل ذمة أخرى بالحق)[7] بناء على أن الدين ينتقل بالضمان عند المالكية إلى ذمة الضامن أو الكفيل. أما الشافعية فيعرفون الضمان بهذا الإطلاق بأنه (ضم ذمة إلى أخرى)[8] على أساس أنهم يتفقون مع الجمهور في أن ذمة الأصيل مطالبة بالحق ومشغولة به مع ذمة الكفيل وأن الضمان لا ينقل الدين إلى ذمة الكفيل. وقد سلك الحنابلة هذا المسلك فعنونوا للكفالة بعنوان الضمان وعرفوه تعريفها[9]. ومع ذلك فقد عنون البهوتي للكفالة في كشاف القناع بعنوان أكثر طولاً هو (باب الضمان والكفالة وما يتعلق بهما)[10] مما يؤكد قضية استعمال أحد هذين اللفظين في محل الآخر في هذا السِّيَاق. وقد تابعت مجلة الأحكام الشرعية الاصطلاح الحنبلي فاختارت عنوان الضمان لمبحث الكفالة، وعرفت الضمان لذلك بأنه: (التزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه، أو هو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزمه حالاً أو مآلاً) [10]. وفي هذا الاتجاه يطلق ضمان الدرك في المذاهب أو عهدة المبيع على (ضمان ثمن المبيع أو جزء منه لأحد المتبايعين عن الآخر)[11]. وتقابل الكفالة عند الحنابلة مفهوم الكفالة بالنفس عند الأحناف وهم يعرفونها لهذا بأنها (هي التزام إحضار من عليه حق مالي إلى ربه)[12]. ويتفق الإمامية مع الحنابلة في التفريق بين الضمان والكفالة على هذا الأساس[13].

أما الأحناف فقد تناولوا أحكام الكفالة تحت عنوانها الخاص بها وإن كانوا قد استخدموا عنوان الضمان في بعض الأحوال لتناول أحكام الكفالة تحته، كما فعل المرغيناني ومحمد بن الحسن[14].

وقد ورد هذا المعنى الخاص للضمان في السنة، فقد روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ «حضر جنازة فقال هل على صاحبكم من دين؟ قالوا نعم، درهمان. فقال ﷺ: صلوا على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه: أنا لهما ضامن. فقام ﷺ فصلى عليه».

53 ـ والمعنى الثاني للضمان أعم من سابقه، ويراد به شغل الذمة بما أوجب الشرع الوفاء به لسبب من الأسباب التي تنشئه. ويقترب مفهوم الضمان بهذا المعنى من مفهوم

---

(7) حاشية الدسوقي 330/3.

(8) المهذب 399/1.

(9) منتهى الإرادات للبيهوتي: 245/2.

(10) المادة 1601.

(11) مجلة الأحكام الشرعية، المادة 1065 ومجلة الأحكام العدلية، المادة 616.

(12) مجلة الأحكام الشرعية (م 1066).

(13) تحرير الوسيلة للخميني 25/2، 34.

(14) انظر: الهداية 95/3 والجامع الكبير ص 197.

الالتزام في الاصطلاح القانوني. وقد عرفه المرحوم الشيخ علي الخفيف بما يقرب من هذا المفهوم فقال بأن الضمان عبارة عن شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل لسبب من الأسباب الموجبة له[15].

ويشمل الضمان بهذا المعنى: 1 ـ ما وجب في الذمة نتيجة إلزام الشخص نفسه بإرادته المنفردة. 2 ـ ما وجب بعقد من العقود كالبيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن. 3 ـ ما وجب بفعل أو ترك غير مشروعين تسبباً في إلحاق الضرر بالغير ضرراً أوجب الشارع رفعه. 4 ـ ما وجب بفعل نافع للغير كالإنفاق على مال هذا الغير.

وتتفق أسباب الضمان ـ طبقاً لما يرسمه التعريف السابق ـ مع أسباب الالتزام في التفكير القانوني. ولذا وجد صاحب هذا التعريف نفسه مضطراً إلى تناول هذه الأسباب في مقدمة كتابه الرائد (الضمان في الفقه الإسلامي) الذي نشره عام 1973، كما أن هذا التعريف هو الذي حمله على الاستطراد إلى تناول أبواب معينة كالكفالة والوكالة وغيرها مما يدخل في موضوع الضمان بهذا المعنى الواسع الذي يقترب من المفهوم اللغوي للكلمة.

وتجدر الإشارة إلى أن الضمان بمعناه الأعم الواسع لا تعلق له بما وجب على المرء من عقوبة أو جزاء على ما ارتكبه من جنايات، فإن هذه العقوبات لا تجب في الذمة إلا إذا كانت غرامة مالية كالكفارات، كما أنها لا تدخل ضمن الأسباب السابقة. ويجب لذلك الفصل بين المسئولية الجنائية وبين الضمان في الاصطلاح الفقهي، وهو ما يبدو من تتبع مسلك الفقهاء.

54 ـ أما المعنى الثالث للضمان فيتصل بالتعريف الثاني، وينظر فيه إلى أداء هذا الذي وجب في الذمة لسبب من الأسباب السابقة. وتقصره بعض التعريفات على أداء الواجب في الذمة للتعدي بارتكاب فعل أو ترك ضار بالغير. من ذلك التعريف الذي يمكن استنباطه مما أورده الغزالي، وهو أن الضمان (واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة)[16] أو هو (أداء غرامة التالف)[17] في التعريف الذي يستخلص مما أورده الشوكاني. وعلى سبيل المقارنة فإن تعريف الغزالي خاص بالتعدي في الأموال. أما تعريف الشوكاني فيدخل فيه أداء ما وجب في الذمة بالتعدي على الأموال أو على الأبدان. وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بتعريف للضمان قريب من تعريف الغزالي، ويرد عليه ما ورد على تعريف الغزالي من نقص؛ فقد جاء في المادة 416 أن الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات أو قيمته إن كان من القيميات.

---

(15) الضمان 9/1.

(16) الوجيز: 208.

(17) نيل الأوطار 299/5 .

55 ـ وقد تبعت بعض التعريفات الحديثة تعريف الشوكاني، وقصرت مفهوم الضمان على أداء ما وجب في الذمة نتيجة التعدي بارتكاب فعل أو ترك أضر بالغير ضرراً أوجب الشارع رفعه. من ذلك التعريف الذي اختاره الأستاذ الزرقا للضمان وهو أنه (الالتزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير)[18] ولا يختلف التعريف الذي اختاره الدكتور وهبة الزحيلي عن هذا التعريف؛ فالضمان عنده هو (الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية)[19].

ويرد على تعريف الغزالي والمجلة أنه يحصر الضمان في المسئولية الناشئة عن التعدي بغصب الأموال أو إتلافها دون سند يبرره من الاستعمال اللغوي أو العرف الفقهي أو عرف الشارع أو قصده. والقاعدة الأصولية وجوب حمل اللفظ على معناه الذي حدده الشارع وإلا وجب حمله على معناه المعروف في الاستعمال الفقهي العرفي أو اللغوي. ويرد على هذا التعريف كذلك استبعاده للضمان الناشىء عن العقد الذي يدرجه الفقهاء ضمن مباحثهم للضمان. ويؤدي هذا التعريف الناقص للضمان إلى الإخفاق في متابعة نظرية الضمان التي صاغها الفقهاء، مما يعد المقصد الأساسي لأية دراسة في هذا الموضوع.

56 ـ أما تعريفات الشوكاني والزرقا والزحيلي فتشترك في إطلاق الضرر وسببه الموجب للتعويض. وبهذا الإطلاق يشمل الضمان ما وجب في الذمة رفعاً للضرر الناشىء بمخالفة العقد أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع في ذاته أو باعتبار ما يؤول إليه من مفاسد. ويشير البزدوي إلى التفريق بين نوعي الضمان بقوله (ضمان العقد فاسداً كان أو جائزاً يجب بالتراضي، وضمان العدوان يعتمد أوصاف العين)[20]. وقد أشار السرخسي إلى هذا التفريق كذلك[21]، كما يدل عليه تفصيل السيوطي لأسباب الضمان بالتعدي في مقابلة ما أسماه بضمان العقد[22].

والتعريف الذي أستخلصه من هذه الملاحظات السابقة وأجده أوفق لمقصود هذا البحث وأوضح في الدلالة عليه من غيره أنَّ الضمان هو شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتاً أو مآلاً.

---

(18) المدخل الفقهي العام: 1032/2.
(19) نظرية الضمان: 16.
(20) أصول البزدوي ص 31.
(21) المبسوط: 69/11.
(22) الأشباه والنظائر: 362.

57 - ويتضمن هذا التعريف المعاني التالية:

(أ) - محل الواجب بالضمان هو الذمة. ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه أو الإبراء منه ممن له حق الإبراء. وللمتضرر حق رفع الأمر إلى القضاء لجبر المتسبب في الضرر على الوفاء بحقه. ويختلف ذلك عن الواجب خلقاً وديانة لا قضاء مما رغب فيه الشارع وحث الناس على الوفاء به دون أن يرتب جزاء في الدنيا على المخالفة. وهو خطاب الترغيب الذي يشمل المكروهات والمندوبات في الاصطلاح الأصولي. والذمة في اللغة هي العهد، وفي عرف الفقهاء وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له أو عليه، وأهل الذمة هم المعاهدون الذين أصبحوا بحكم معاهدتهم أهلاً لثبوت الحقوق والواجبات[23]. ويعكس اكتشاف الفقهاء لهذا الوصف قدرتهم على التخيل وإحاطتهم بما تمليه الصناعة الفنية للعمل التشريعي. فقد أمكنهم بهذا الاكتشاف المبكر أن يقيموا المسئولية ومباحث الأهلية على أسس واضحة. والذمة، فيما يذكره التفتازاني، ظرف يستقر فيه الوجوب دلالة على كمال التعلق وإشارة إلى أن هذا الواجب هو باعتبار العهد والميثاق الذي أخذه الله على عباده وهو ألا يخالفوا أحكامه[24].

(ب) يختلف الواجب بالضمان عن العقوبة في طبيعته والمقصود منه، إذ الواجب بالضمان إنما شرع رعاية لحقوق العباد على حين شرعت العقوبة في مقابلة التعدي على حقوق الله عز وجل. وقد شرع الواجب في الضمان جبراً للضرر الواقع على الفرد بينما شرعت العقوبة للزجر عن الجناية. وسيأتي تفصيل ذلك في مناسبته.

(جـ) سبب الضمان هو التعدي بارتكاب فعل محظور شرعاً أو ترك أداء واجب من الواجبات. غير أن هذا التعدي قد يكون بمخالفة عقد أوجب الشارع الوفاء به كالمودَع إذا لم يحفظ مال الوديعة أو يقصر في حفظها، وكالأجير والمستأجر إذا خالفا شروط الإجارة. وقد يكون التعدي بمخالفة أحكام الشريعة، كإتلاف مال الغير أو غصبه، وكالإهمال في قيادة دابته إذا أضر بغيره.

(د) يشترط في التعدي الموجب للضمان أن ينشأ عنه ضرر. أما لو حدث التعدي دون ضرر فلا ضمان، لأن الحكم به لجبر الضرر ورفعه ولم يوجد. ولذا فإنه لو أهمل في قيادة سيارته واصطدم بمتاع غيره دون أن يؤثر فيه أو يعيبه لم ينشأ الضمان. وهناك مع ذلك بعض الأفعال الموجبة للضرر بذاتها، كالغصب فإنه يضمن منافع المغصوب ولو لم يكن معدًا للاستغلال عند الجمهور. وهذا نوع من افتراض الضرر والتعويض عنه. ويفترض وقوع الضرر كذلك في تقييد حرية الشخص وحبسه حبساً غير مشروع عند فقهاء الحنابلة

(23) التوضيح: 751/2.

(24) التلويح على التوضيح: 751/2.

وفي المرجوح عند الشافعية، مما يشبه بعض أنواع المسئولية المطلقة Strict Liability في القانون الإنجليزي. وهذه الاستثناءات تؤكد القاعدة القاضية بأن الضرر شرط لوجوب الضمان.

(هـ) يشترط كذلك قيام علاقة السببية بين التعدي والضرر، بمعنى إسناد الضرر ونسبته إلى فعل المتعدي. أما لو أضيف الضرر إلى سبب آخر غير فعل المتعدي فلا يجب عليه الضمان، حتى لا يكون مسئولاً عن غير فعله، والقاعدة الشرعية ألا تزر وازرة وزر أخرى وألا يؤاخذ أحد بجريرة غيره. ولذا لو ألقى شخص غيره في ماء ضحل فامتنع عن الخروج منه مع قدرته عليه حتى مات لم ينسب الموت إلى فعل المتعدي بالإلقاء.

(و) عموم الضرر الذي قصد الشارع إلى جبره وعدم اختصاص الضرر المقصود رفعه بنوع منه دون آخر، إلا إذا كان من التفاهة بحيث لا يعد ضرراً في عرف الناس. دليله إطلاق قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار». وإنما تعين حمل الضرر على معناه العرفي بناء على القاعدة الأصولية التي توجب حمل اللفظ على معناه المحدد في الشرع إن وجد، وإلا وجب حمله على معناه العرفي، ولم يخص الشارع ضرراً بالرفع دون غيره فوجب اتباع المعنى العرفي الذي كان لهذا اللفظ في عصر الرسالة. وبهذا يشمل الضرر الواجب التعويض جميع الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال ومنافعها وبالنفس الإنسانية وبالحقوق المالية الأخرى. وبهذا فإنه لا محل لما ذكره الدكتور عبد الرزاق السنهوري من أن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي ذات أبعاد ضيقة ومحددة بما يرد على أعيان الأموال، مما سأناقشه في حينه من هذا البحث.

(ز) يجري تقدير التعويض الواجب بالتعدي بقدر الضرر، لأن المقصود هو جبره لا زجر المتعدي وإن تحقق ذلك بالمقصود الثانوي لفرض الضمانات.

58 ـ المسئولية المدنية والضمان: يرد مصطلح المسئولية المدنية Civil liability في التفكير القانوني عنواناً على ما وجب في الذمة لحقّ الغير جبراً للضرر الواقع عليه بمخالفة العقد أو بالتعدي بارتكاب فعل غير مشروع. والالتزامات Obligations بهذا أعم من المسئولية المدنية التي تنحصر في قيام واجب التعويض عن الضرر الناشىء بمخالفة العقد أو ارتكاب فعل غير مشروع. أما الالتزامات فتشمل كل ما ينشأ في الذمة بالإرادة المنفردة والعقد وارتكاب فعل غير مشروع والكسب غير المشروع أو الإنفاق على مال الغير بالتعبير الفقهي. وتنقسم المسئولية المدنية إلى قسمين كبيرين. أولهما المسئولية العقدية Contrac-tual Liabality التي تنشأ إذا تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد، دون عذر طارىء يبرر هذا التخلف، ولم يكن من الممكن إجبار هذا المتعاقد على الوفاء بالمعقود

عليه، وأدى تخلفه هذا إلى الإضرار بالعاقد الآخر[25]. وبهذا التحديد تندفع مسئولية الممتنع عن الوفاء بالعقد في الأحوال التالية: 1 ـ إذا كان امتناعه راجعاً إلى سبب أجنبي لا يمكن التحرز منه. 2 ـ إذا رجع امتناعه لعذر طارىء يبيح فسخ العقد. 3 ـ إذا أمكن دفع الضرر بإجباره على تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً Specific performance. 4 ـ إذا لم يؤد الامتناع عن الوفاء بالعقد إلى الإضرار بالطرف الآخر.

أما القسم الثاني من المسئولية المدنية فهو المسئولية التقصيرية Tortious Liability وهي تعني ما يعنيه ضمان العدوان.

59 ـ وقد وردت كلمة المسئولية في النصوص الشرعية؛ فمن ذلك قوله تعالى: ﴿إن العهد كان مسئولا﴾ (الإسراء: 34) أي مجازى به، وقوله: ﴿وقفوهم إنهم مسئولون﴾ (الصافات: 32)، وقوله ﷺ: «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته»، ومعنى تلك الكلمة في هذه النصوص التبعة والمؤاخذة والمجازاة عن العمل الذي يقوم به المرء. وترادف كلمة المسئولية بهذا المعنى مصطلحي التكليف والأهلية في الاصطلاح الأصولي.

غير أن الفقهاء لم يلتفتوا إلى تقسيم المسئولية أو التكليف هذا التقسيم الذي أخذ به التفكير القانوني. وقد ركزوا بدلاً من ذلك على النظر إلى نتائج هذه المسئولية أو التكليف وما يجب بهما بالتفريق بين الجوابر والزواجر. والزواجر أو العقوبات هي موجب التكليف أو الخطاب الجنائي على حين تعد الجوابر تكليفاً أو مسئولية تنشأ عن الحكم بالضمان.

60 ـ وهذه الجوابر المالية أو التعويضات إنما تثبت في الذمة رفعاً للضرر الناشىء عن مخالفة أحكام الشارع العامة القاضية بحق المرء في سلامة نفسه وبدنه وسمعته وماله وحقوقه المالية الأخرى. كما أن هذه الجوابر تجب في الذمة رفعاً للضرر الناشىء عن التعدي بمخالفة أحكام العقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرر ذلك. وبهذا فإن الضمان يجب بالتعدي رفعاً للضرر، سواء رجع هذا التعدي إلى: 1 ـ التخلف عن الوفاء بالمعقود عليه، مما يعد مخالفة للأصل الشرعي القاضي بوجوب الوفاء بالعقود والعهود في قوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ (المائدة: 1) وفي قوله: ﴿إن العهد كان مسئولا﴾ (الإسراء: 34). 2 ـ مخالفة الأحكام الشرعية العامة، بعدم الامتثال لما أوجبه الشارع وحرمه مما لا يرجع إلى وجوب الوفاء بالعقود.

60 ـ وهناك احتمالان في تحديد علاقة المصطلحات الفقهية بهذين النوعين من الضمان:

أولهما: إطلاق المصطلح الفقهي (ضمان العدوان) على هذين النوعين من الضمان،

(25) الوسيط للسنهوري: 653/1.

بحكم اشتراكهما في الموجب أو السبب وهو التعدي ومخالفة أحكام الشارع العامة أو الملزمة بالوفاء بالعقد. ويشترك هذان النوعان كذلك في اشتراط الضرر وقيام علاقة السببية بين التعدي وحدوث الضرر. ولا يختلف التعدي في الضمان الناشىء بمخالفة العقد عن التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية من الوجهه الفنية، بحكم أن مصدر الإلزام فيها واحد، هو الشرع؛ فإنه هو الذي ألزم بالوفاء بالعقود وهو الذي أوجب احترام الحقوق العامة للأفراد. وفي هذا الصدد فإن التفريق بين هذين النوعين من الضمان في التفكير القانوني لا يقوم على أسس نظرية مقنعة، وإنما يجري التفريق بينهما لاعتبارات عملية بحتة سأوضحها في مناسبتها من هذا البحث.

والثاني: قصر إطلاق مصطلح (ضمان العدوان) على أحوال وجوب التعويض عن الأضرار الناشئة من التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية العامة التي تمنع من التعرض للغير في بدنه وأمواله وحقوقه المالية الأخرى، وإطلاق مصطلح ضمان العقد عنواناً على أحد المعنيين التاليين:

1 ـ ضمان تعويض الضرر الناشىء عن مخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به. وإنما يستفاد هذا المعنى من التركيب (ضمان العقد) بتقدير محذوف هو المخالفة أو عدم الوفاء بالعقد. ويجري هذا التركيب بهذا التقدير على معنى ضمان مخالفة العقد، أو ضمان عدم الوفاء بالعقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرره. ويسوِّغ إطلاقَ ضمان العقد بهذا المعنى تلك الاعتباراتُ العملية القاضية بفصل الضمان بمخالفة العقد عن ضمان التعدي بالتعرض للآخر في حقوقه التي قصد الشارع إلى حفظها. ومن أهم هذه الاعتبارات التمكين من إفراد كل منهما بالبحث في حيز مناسب ييسر تناوله والإحاطة بأحكامه دون مشقة أو حرج بعد اتساع المباحث الخاصة بكل منهما، نظراً لظروف العصر. ويسوِّغ إطلاقَ ضمان العقد على هذا المعنى سهولةُ مأخذه من المصطلح الفقهي واقترابُه من المعنى اللغوي لإضافة الضمان إلى العقد. إذ تفيد هذه الإضافة قيام نوع من المسئولية يتحملها المتعاقدان بوجوب الوفاء بشروط العقد وأحكامه. وتقدير الحذف مما هو معهود في الاستعمالات اللغوية.

2 ـ إطلاق ضمان العقد بمفهوم آخر يرجع إلى المعقود عليه ويشمل محل العقد وتوابعه وما يلزم لاستيفائه. وإنما يجري إطلاق التركيب ضمان العقد بهذا المعنى على نية محذوف تقديره ضمان محل العقد وتوابعه. وهذا الإطلاق هو الأكثر شيوعاً في لغة الفقهاء واستعمالاتهم؛ فإنهم يبحثون تحت عنوان ضمان البيع ـ على سبيل المثال ـ كلّاً من ضمان المبيع وضمان الثمن وتوابعهما، كما يبحثون الضمان في الإجارة لتناول أحكام التعدي في المأجور والأجرة والمنفعة. وتَجْري مجلة الأحكام العدلية والشرعية على تناول أحكام الضمان في آخر كل عقد باتباع هذا الأسلوب. ومع ذلك فإن السيوطي في تعريفه لضمان

العقد يختار تقييده بضمان محل العقد المتعين في صلبه مُستبعداً بذلك ما يعد من توابعه كالمأجور في الإجارة، والمستعار في الإعارة التي تدخل في ضمان اليد المؤتمنة. وعبارته: (ما يضمن ضمان عقد هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح)[26].

62 ـ والمناسب لهذا البحث إطلاق مفهوم ضمان العدوان على وجوب رفع الضرر الناشىء عن التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية التي تمنع من التعرض للمرء في حقوقه التي كفلها الشارع على حين يختص ضمان العقد بالمسئولية الناشئة عن الامتناع عن تنفيذ العقد. ويتطابق مفهوم الضمان بهذا التحديد مع مفهوم المسئولية المدنية في التفكير القانوني.

ويرجع الضمان والمسئولية المدنية إلى واجب واحد، إذا اتبعنا هذا الفهم، هو واجب جبر الضرر الواقع بالتعدي على الغير في أي حق من حقوقه، سواء كان هذا التعدي بارتكاب فعل محرم في ذاته أو بالنظر إلى مآله أو بمخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به.

63 ـ بين الضمان والعقوبة: يشترك الضمان والعقوبة في السبب الموجب لهما، وهو التعدي بمخالفة أحكام الشارع الملزمة في السلوك، وارتكاب المحظورات الشرعية التي نهى الله عز وجل عنها وتوعد على فعلها بالمجازاة والمؤاخذة والمساءلة. ومقتضى هذا الاشتراك عدم وجوب الضمان ولا العقوبة إلا بالتعدي. ويستند كل من الضمان والعقوبة كذلك إلى أساس واحد، هو مؤاخذة كل امرىء بفعله ومسئوليته عما تسبب فيه فعله من إضرار بغيره. وقد أرسى القرآن الكريم هذا المبدأ في مظان متعددة. من ذلك قوله تعالى: ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره. ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾ (الزلزلة: 807) وقوله: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ (المدثر: 38) وقوله: ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾ (البقرة: 286). ويربط القرآن الكريم المسئولية بالعمل الإنساني لا بالأماني والأهواء والرغبات، وذلك في قوله تعالى: ﴿ليس بأمانيكم ولا أماني أهل الكتاب من يعمل سوءاً يجز به﴾ (النساء: 123).

ويشترك الضمان والعقوبة من جهة أخرى في القصد إلى الحث على عدم التعدي بزجر المعتدي ورفع أثر عدوانه وتحميله الضرر الناشىء عن فعله.

64 ـ غير أنهما يختلفان في الأمور التالية:

(أ) ـ شرعت العقوبات لزجر الجناة عما يرتكبونه من محظورات شرعية زجر الله عز وجل عن فعلها بحد أو قصاص أو تعزير. ولذا فإن الجرائم والعقوبات محددة شرعاً، طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يمنع القاضي أو الحاكم من فرض عقوبة على فعل

(26) الأشباه والنظائر: ص 361.

لم يجرِّمه الشارع. وتطبيق هذا المبدأ على الحدود والقصاص مما لا يحتاج إلى بيان، حيث حدد الشارع الجريمة والعقوبة، بدون إعطاء أية سلطة تقديرية لأحد. أما التعازير فقد حدد الشارع جرائمها وعقوباتها ولم يترك للقاضي إلا سلطة التخير من بينها في ضوء شخصية الجاني وجسامة جرمه وظروف ارتكاب جريمته. ويشبهه الأسلوب المتبع في القوانين الحديثة حين قدرت لأكثر الجرائم حدًّا أدنى وحدًّا أعلى للعقوبة، تاركة للقاضي التخير بين هذين الحدين، مراعاة لما تقضي به العدالة من تخفيف أو تشديد في العقوبة. أما الضمان فقد شرع لجبر الضرر الناشىء عن التعدي وإن أفاد الزجر بالقصد الثاني لا بالقصد الأول. ويتعلق الضمان بسببه وهو التعدي شريطة حدوث الضرر وقيام علاقة السببية بين كل من التعدي والضرر. وبهذا فإن الأفعال الموجبة للضمان ليست محددة تحديد الأفعال الموجبة للعقوبة، والأولى أكثر من الأخرى، أو أن دائرة التكليف في الضمان أوسع من دائرته في الجنايات والعقوبات.

(ب) ـ الفعل الموجب للضمان قد لا يكون جريمة، ولهذا لا تشترط فيه النية أو القصد إلى إيقاعه. ويترتب على ذلك الحكم بضمان الصغير والمعتوه والمجنون والمخطىء والناسي والنائم والمهمل وغيرهم ممن لا يقصدون إيقاع الفعل أو إحداث الضرر. أما الجريمة فإنها لا تنشأ إلا بقيام ركنها المعنوي وهو القصد إلى الفعل واتجاه النية إلى نتيجته.

(جـ) طبيعة الحق المعتدى عليه في الضمان مختلفة عنه في الجرائم، فالعدوان الموجب للضمان متجه إلى حقوق الأفراد أو حقوق العباد في الاصطلاح الفقهي على حين أن العدوان في الجرائم على حقوق الله عز وجل. وإنما أضيفت هذه الحقوق لله عز وجل رغم غناه عن عباده وعدم استضراره بأفعالهم إشارة إلى خطر هذه الحقوق في الحياة الاجتماعية ودلالة على وجوب حمايتها والزجر عن التعرض لها[27]. ومع ذلك فقد يوجب الفعل الواحد كلا من الضمان والعقوبة إذا اجتمع فيه التعدي على حقوق الله عز وجل وحقوق العباد. فالمسلم إذا شرب خمر ذمي وجب عليه الضمان بالنظر إلى تعديه على ما يعده غير المسلم مالاً، كما تجب عليه العقوبة بالنظر إلى تعديه على حق من حقوق الله عز وجل. ومثل ذلك في السرقة الحدية الموجبة للضمان عند غير أبي حنيفة لتعلق كل من حق الله وحق العبد بارتكابها[28].

ويحمل ما ذكره بعض الفقهاء في رجوع مشروعية التعزير لحقوق العباد[29] على عدم

---

(27) فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم 60/3.

(28) التشريع الجنائي لعبد القادر عودة: 76/1.

(29) البحر الرائق لابن نجيم 45/5 والبدائع 63/7.

الدقة؛ فإن عقوبة التعزير واردة في المقام الأول لحفظ حقوق الله عز وجل، وورودها لحفظ مصالح العباد إنما هو في المقام الثاني. والقاعدة التي يذكرها ابن نجيم أنه لا يوجد حق لله إلا وفيه حق العبد[30]. وإطلاق التعزير على التعدي المتعلق بحقوق العباد من قبيل المجاز، والأغلب أن تكون العقوبة في هذه الأحوال بالغرامة المالية.

(د) يترتب على تعلق الضمان بحقوق العباد أنه لا حق للإمام في العفو عن المعتدي، على حين أعطته الشريعة هذا الحق بالنسبة لجرائم التعزير. كذلك فإن الحق في رفع دعوى الضمان للمتضرر بخلاف الدعوى الجنائية التي تعد من دعاوى الحسبة في الشريعة والتي يحق لأي مسلم تحريكها ورفعها إلا في دعوى القذف فإنَّ المقذوف أو ورثته هم الذين يحق لهم رفع الدعوى فيه.

65 ـ وقد بسط العز بن عبد السلام والقرافي هذه الفروق في فصل خاص عقداه للمقارنة بين الزواجر والجوابر. وخلاصة ما ذكراه أن الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، وأن الزواجر مشروعة لدرء المفاسد. ولا يشترط في الجوابر إثم من وجبت عليه خلافاً للزواجر التي تجب في مقابلة الإثم، ولهذا شرع الجبر في الخطأ والجهل وعلى المجانين والصبيان. وكذلك فإن الجوابر تقع في الأموال والعبادات والنفوس والأعضاء والجراح والمنافع بخلاف الزواجر فإنها تقع في الجنايات والمخالفات. وفي ذلك يذكر العز والقرافي أن ما رتبه الشارع على النفوس والأعضاء والجراح من ديات أو كفارات أو حكومة عدل فجوابر وما رتبه الشارع عليها من القصاص أو الضرب أو السجن أو التأديب فزواجر[31].

66 ـ من ذلك يتضح بما لا يدع مجالاً للشك أن الفقه الإسلامي هو الذي سبق القوانين الغربية إلى صياغة التفريق بين العقوبات والضمانات، وأن هذه القوانين قد حذت حذو الفقه الإسلامي في هذا التفريق الذي يخالف بين المسئوليتين المدنية والجنائية في نوع الجزاء وقصد الشارع منه[32]. وعلى الرغم من وضوح النصوص الفقهية في إقامة هذا التفريق فإن الدكتور عبد الرزاق السنهوري يتحدث عن أن القانون الجنائي في الفقه الإسلامي لم ينفصل انفصالاً تاماً عن القانون المدني على النحو الذي آل إليه الأمر في القوانين الغربية؛ فالجرائم التي تعتبر اليوم في الفقه الغربي جرائم جنائية يعاقب عليها الفقه الإسلامي تارة بعقوبات عامة وتارة بعقوبات خاصة وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة

---

(30) فتح الغفار 59/3.

(31) قواعد الأحكام: 178/1 وما بعدها والفروق 213/2 وانظر أيضاً حجة الله البالغة: 158/2.

(32) انظر ذلك في: Salmond on Jurisprudence, 12 th edition P. 409 and Poter's Introduction to English Law P. [illegible].

ومعنى الضمان كالدية[33]. ومرد هذه الشبهة أن الدكتور السنهوري يفرض على الفقه الإسلامي المنهج التطوري الذي يدرس به القانون الغربي. ويطرد هذا المنهج عنده، فيزعم على سبيل المثال أن الفقه الإسلامي لم يعرف حوالة الدين لغموض معرفته بحوالة الحق وعدم وضوح أحكامها فيه بناء على أن الفقه الغربي لم يعرف حوالة الدّين إلا في مرحلة تالية على اكتشافه لأحكام حوالة الحق[33]. ويقتضي هذا المنهج ألا يكون الفقه الإسلامي قد عرف مبدأ الفصل بين المسئوليتين المدنية والجنائية أسوة بنظيره الغربي الذي لم يعرف هذا الفصل بصفة نهائية إلا في العصر الحديث[34]. لكن فرض مراحل التطور التي مر بها الفقه الغربي على الفقه الإسلامي أمر خاطىء من الناحية المنهجية، لاستقلال كل منهما عن الآخر في الظروف التي خضع لها. ومن الناحية الواقعية التاريخية فإن النصوص السابقة المنقولة عن فقهاء المسلمين كافية في نفي هذه الشبهة وإثبات وضوح التفريق بين المسئوليتين المدنية والجنائية لدى هؤلاء الفقهاء.

وقد سلفت الإشارة في التتبع التاريخي إلى أن القوانين الغربية لم تعرف الفصل بين المسئولية المدنية والجنائية إلا على مشارف العصر الحديث، وأن هذا الفصل هو الذي أقدرها على تطوير مباحث المسئولية المدنية في هذا العصر[35].

المبحث الثاني: نوعا الضمان

67 ـ يقابل البزدوي بين كل من ضمان العقد وضمان العدوان فيما سلفت الإشارة إليه أثناء المقارنة بين الضمان في التفكير الفقهي وبين المسئولية المدنية في التفكير القانوني الوضعي. وقد ترجح في سياق هذه المقارنة حمل مفهوم ضمان العقد على تلك المسئولية الناشئة عن الإخلال بالعقد والامتناع عن الوفاء به دون عذر يبرر هذا الامتناع، بخلاف ضمان العدوان الذي ترجح قصر مفهومه على التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية العامة القاضية بوجوب عدم التعرض للغير في ماله وبدنه وسائر حقوقه الأخرى. والمستند في هذا الترجيح هو الاستجابة لطبيعة هذه الدراسة التي تتخذ من ضمان العدوان مجالاً لها، توضيحاً لمفهومه وبياناً لأحكامه المتشعبة. وإنما استبعدت التعرض لأحكام ضمان العقد المتشعبة هي الأخرى بعد أن اتضح لي أن الجمع بينهما في دراسة واحدة من شأنه أن يفسد المتابعة والإحاطة بمفهوم كل منهما. ولذلك اخترت إفراد ضمان العدوان بهذا التحديد

---

(33) الوسيط: 421/3 وما بعده وانظر في الرد عليه: العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة للدكتور عيسى عبده ص 224 وما بعدها، دار الاعتصام 1977 هامش 3 ص 47.

(34) انظر في ذلك: Salmond on Jurisprudence P. 396.

(35) راجع الصفحات الأولى من هذا البحث.

خشية الإملال أو التطويل رغم الوعي بأن الامتناع عن الوفاء بالعقد من التسبب الموجب لضمان العدوان عند الفقهاء. كما أن المعنى الذي اخترته لضمان العقد مما يتيسر فهمه في مألوف الاستعمال اللغوي طبقاً لما أوضحته فيما سبق. وييسر هذا الإطلاق لضمان العقد وضمان العدوان إجراء المقارنة بين التفكيرين: الفقهي والقانوني. وتبعاً لهذا التحديد فإن الضمان ينقسم إلى نوعين: أولهما ضمان العقد والثاني ضمان العدوان. ويقابل ضمان العقد ما يطلق عليه في الاصطلاح القانوني المسئولية العقدية Contractual Liability على حين يقابل ضمان العدوان مصطلح المسئولية التقصيرية Torts في التفكير القانوني. وفيما يلي بيان مفهوم ضمان العقد وحكمه وعلاقته بغيره في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: مفهوم ضمان العقد

68 ـ وعلى ضوء ذلك فإن ضمان العقد هو شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشىء عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه، مما يعد من التعدي بالتسبب الموجب للضمان في المذاهب الفقهية جميعها. ويختلف ضمان العقد بهذا التعريف عن كل من واجب الوفاء بالعقد الواقع على أطرافه وحق المتعاقد في إجبار الطرف الآخر على التنفيذ عن طريق رفع الأمر إلى القاضي من جهة أن هذه هي الأحكام المباشرة للعقد نفسه، بخلاف الضمان الذي يجب في مقابلة الضرر الناشىء عن عدم تنفيذ العقد. ولا يجب على المدعي للإجبار على تنفيذ العقد إلا إثبات صحة هذا العقد ولزومه على حين يجب عليه لإثبات الضمان إثبات صحة العقد ولزومه وإثبات لحوق الضرر من جراء عدم تنفيذ العقد.

ومن المسائل الموضحة لمفهوم ضمان العقد ما روي عن أحمد بن حنبل: (في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له كل يوم، فكان للرجل حماران ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة. فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر بانشغاله عن عمله. لأنه قال: إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعْتَبَرَ الضرر. وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر لا يرجع بشيء لأنه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فإن استضر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه. ويحتمل أنه أراد أن يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه. وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر، لأن منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره، فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره)[36]. والحاصل أن المستأجر استحق التعويض من الأجير إذا انشغل عن العمل

(36) المغني لابن قدامة: 465/5 .

الذي استؤجر لأدائه، سواء بالعمل لغيره أو بالاشتغال بالنوافل كقراءة القرآن. وفي ذلك أفتى أحمد بوجوب التعويض، والخلاف في كيفية تقديره.

ومنه أنه لو استأجر أجيراً لترميم جدار أو لإقامة جسر على حافة مزرعته ليمنع طغيان النهر عليها فامتنع فسقط الجدار أو طغى النهر على حافة مزرعته ضمن الأجير كل ذلك. ويعتبر الشيخ علي الخفيف أن الضمان الواجب في ذلك من ضمان الإتلاف بالتسبب لا من باب ضمان العقد. وإنما يلتحق بضمان العقد من جهة أن واجب الترميم وإقامة الجسر قد نشأ بالعقد الصحيح اللازم، وعلى المستأجر لهذا إثبات وقوع الضرر وقيام هذا العقد. أما التسبب المطلق في الإتلاف فإن الضمان فيه لا يفتقر إلى إثبات العلاقة التعاقدية.

69 ـ حكم ضمان العقد: ذهب عدد من الكاتبين المحدثين إلى أن الامتناع عن الوفاء بالعقد لا يوجب التعويض. من بينهم الشيخ سيد عبد الله علي حسين والشيخ علي الخفيف والدكتور فتحي الدريني والدكتور عبد الرزاق السنهوري. ويرى[37] الشيخ سيد عبد الله علي حسن أن (التعويض الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات كلاً أو بعضاً، أو تأخير التنفيذ.. غير جائز شرعاً، ولا يتأتى الوصول إليه، لأنه ما دام المتعهد في التعاقد يعلم جيداً أنه مكره لنفاذ ما تعهد به بطريق الإكراه البدني فلن يقصر ولن يتوانى في التنفيذ). ويرد هذا الرأي أن الإجبار على التنفيذ لا يكفي وحده لرفع الضرر. وهو بهذا يحصر التعويض في الواجب بإتلاف مال الغير عمداً أو خطأ، والحكم به[38]. ويوضح الشيخ علي الخفيف وجهة نظره هذه بالتفريق بين أن يكون المعقود عليه مالاً أو عملاً؛ فإنه إن كان مالاً وسع الطرف المتضرر بالامتناع السعي إلى القاضي لإجبار الطرف الآخر على الوفاء بحقه، فإذا امتنع أجبره القاضي على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين للوفاء بدينه وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة، وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن. أما إذا كان المضمون عملاً كما في التزام الأجير القيام بفعل معين وكما في الالتزام بتسليم العين فإن الضامن يجبر على العمل الملتزم به ويُحْمَل عليه بما يراه الحاكم من تعزير جزاء ظلمه. وليس عليه أيضاً تعويض بسبب ما ترتب على تأخير الوفاء من ضرر. ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، بتلف بعض ماله أو نقص قيمته. أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً فلا يرى الفقهاء فيه تعويضاً. غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن القيام بما التزم به من عمل فترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له فإنه

(37) انظر رأيه في المقارنات التشريعية: 300/2.

(38) المقارنات التشريعية 300/2.

يلتزم بالتعويض.. وإن لم يكن ذلك من قبيل ضمان العقد بل من ضمان الإتلاف عند الفقهاء[39].

70 ـ وقد تابع الدكتور فتحي الدريني ما ذهب إليه الشيخ علي الخفيف، فيقول: (أما تأخير تنفيذ الالتزام فيما إذا كان محل العقد أو محل الالتزام عملاً كالأجير المشترك أو الخاص أو تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي في الفقه الإسلامي، إذ التعويض المالي شرعاً إنما يعني قيام مال بدل مال أتلف، وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض فيه، لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل. وعلى هذا فالمسئولية العقدية في القانون لا تعني ضمان العقد في الفقه الإسلامي)[40].

71 ـ رأي السنهوري: مصدر هذين الرأيين الأخيرين فيما يبدو لي هو الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أنه لا يمكن القول بأن هناك نظرية في الفقه الإسلامي للمسئولية العقدية على النحو السائد في الفقه الغربي[41]، بناء على أن مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي محدود ضيق إذا ما قورن بنظيره الغربي. ذلك أن (الفقه الغربي يعوِّض عن كل ضرر مادي أو أدبي. وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما يتحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح ولو كان ذلك عن منفعة أو عمل أو أي أمر آخر.. ولا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً.. ومتوقعاً. أما الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في استثناءات محددة.. ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن)[42]. ومع ذلك يشير السنهوري إلى الاتفاق بين الفقه الإسلامي والغربي في النظر إلى أركان المسئولية العقدية ومفهوم الخطأ واختلاف مفهومه في هذين الفقهين بناء على اختلاف الالتزام وموضوعه الذي ينقسم إلى التزام بغاية أو التزام بعناية.

72 ـ ويتضح من ذلك أن تحليلات هؤلاء الباحثين للضرر في الفقه الإسلامي هي التي قادتهم إلى هذا التصور الغير الدقيق للمسئولية العقدية أو ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ويرد على هذه التحليلات ما يلي:

ـ توجب الشريعة دفع الضرر مطلقاً، بدليل العموم الوارد في قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار».

---

(39) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف 1817/1.

(40) النظريات الفقهية للدكتور فتحي الدريني ص 226.

(41) مصادر الحق: 138/6.

(42) السابق 186/6.

ـ لا يختص الضرر الواجب الرفع بالضرر الوارد على أعيان الأموال في الشريعة؛ فالأضرار المتعلقة بالجروح والشجاج والأعضاء والبدن الإنساني مما أوجب الشارع رفعه كذلك بالديات والأروش المقدرة وغير المقدرة. ويقضي المبدأ الشرعي في ذلك بأن (لا يطل دم في الإسلام). ولا يقتصر التعويض بالنسبة للأموال على أعيانها إلا عند الأحناف. أما الجمهور فقد أوجب ضمان المنافع كذلك. وهذا هو سبب ورود تلك الشبهة إلى ذهن الدكتور عبد الرازق السنهوري، فإنه ظن مذهب الأحناف في عدم ضمان المنافع، إلا في تلك الاستثناءات التي اضطر إليها متأخرو الأحناف، مذهباً لغيرهم، واعتبر لهذا أن عدم ضمان المنافع هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي. ولذلك انتهى إلى أن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي ضيقة محدودة بالضرر المتعلق بأعيان الأموال. ولا عذر لهؤلاء الذين راقهم رأي الدكتور السنهوري واعتمدوا تحليله وحكموا بأن التعويض في الشريعة مقيد بإقامة (مال بدل مال أتلف) أو أن (الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً لا يرى فيه الفقهاء تعويضاً) وأن الحكم بالتعويض في غير هذه الحالة من قبيل أكل أموال الناس بالباطل.

ـ أوجب الشارع الوفاء بالعقود بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ مما يقتضي اعتبار الامتناع عن تنفيذ العقد والوفاء به من قبيل التعدي الموجب لضمان الضرر الناشيء عنه.

ـ الاعتداد بالتنفيذ الجبري وحده لا يكفي لرفع الضرر في الظروف المختلفة، كما لو ترك الأجير الزرع دون سقي حتى يبس وجف فإن إجباره على السقي أو استئجار غيره على نفقته لن يفيد في رفع الضرر، ويتعين التعويض في هذا المثال لإزالة الضرر طبقاً لما نص عليه الفقهاء[43].

73 ـ تدل هذه المقدمات على اتساع مفهوم الضرر وعمومه لكل ما يعد ضرراً في العرف، فيشمل الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال والمنافع والبدن الإنساني وسائر الحقوق المالية الأخرى. كذلك فإن التعدي بالامتناع عن تنفيذ العقد دون عذر يبرره مما يوجب الضمان. وقد قصر الكاساني الضرر الواجب التعويض في الامتناع عن التنفيذ على (الضرر الملتزم بالعقد) أي الذي يتوقع الطرفان حدوثه في العادة عند عدم التنفيذ. ويكرر الكاساني هذا التعبير في مواطن كثيرة[44] مما يدل على وضوح وعيه بهذا التقييد.

74 ـ ومما يؤيد مسئولية الطرف المتراخي في تنفيذ العقد عن الضرر الناشيء من ذلك ما ذكره ابن تيمية فيمن (عليه مال ولم يوفه حتى شكى رب المال وغرم عليه مالاً، وكان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء ومطل حتى أحوج مالكه إلى الشكوى، فما غرم بسبب

(43) مرشد الحيران مادة 612.

(44) بدائع الصنائع 200/5.

ذلك فهو على الظالم الماطل إذا كان غرمه على الوجه المعتاد)[45]، وهو المنصوص عليه في المذهب المالكي كذلك[46]. وتعني هذه القاعدة التي عبر عنها ابن تيمية بوضوح بالغ أن المماطل في الوفاء بحق من الحقوق الناشئة عن عقد أو غيره ملزم بتعويض الضرر الذي تسبب فيه بمطله بشرطين: أولهما يرجع إلى المماطل وهو ألا يكون معذوراً في هذا المطل، ويرجع الثاني إلى الضرر، وهو أن يكون الضرر معتاداً وألا يسهم المتضرر في زيادة الضرر.

ويؤيده كذلك ما ورد في لسان الحكام فيمن (اكترى داراً سنة بألف، فلما مضت (أي السنة) قال ربها: إن أفرغتها اليوم وإلا عليك ألف كل يوم، والمستأجر مقر أن الدار له ولم يفرغ، لزمه [الألف]. قال هشام قلت لمحمد: هلا يجعل له أجر مثلها إلى أن يتمكن من التفريغ، وبعد التمكين عليه ما قاله المؤجر؟ قال: هذا حسن)[47]. ووجه الدلالة أن عدم تفريغ الدار بعد انتهاء مدة إجارتها أنشأ حق التعويض لربها، مع احتساب قيمته بالرجوع إلى اتفاق المتعاقدين بالغاً ما بلغ. لكنهم استحسنوا احتسابه على أساس أجرة المثل في الوقت الذي يستغرقه إفراغها، على أساس اضطرار المستأجر إلى هذا الوقت ليتمكن من تفريغها باعتباره معذوراً أثناءه، أما بعد مضي وقت التمكن من التفريغ فإنه لا يعد معذوراً وتحسب قيمة التعويض بالنظر إلى الاتفاق، وإن بدت مبالغاً فيها كما في فرض هذه المسألة.

وفي مرشد الحيران أنه (إذا ترك الأكّار سقي الأرض عمداً حتى يبس الزرع ضمن وقت ما ترك السقي قيمة الزرع نابتاً في الأرض. وإن لم يكن للزرع قيمة تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما)[48]. وفيه أيضاً أنه (إذا أخر الأكار سقي الزرع تأخيراً معتاداً فلا ضمان عليه، وإن أخره تأخيراً غير معتاد فعليه الضمان والمزارعة صحيحة)[49]، وذلك لمخالفته ما وجب عليه بالعقد الصحيح. ولو ترك الأكار (حفظ الزرع حتى أكلته الدواب فعليه ضمانه. وإن لم يردّ المزارع الجراد حتى أكل الزرع مع إمكان رده ضمن وإلا فلا[50]).

75 ـ ويتأكد اعتبار الفقهاء لضمان العقد إلحاقهم لخطأ الطبيب في بعض الجزئيات

---

(45) مختصر الفتاوى المصرية ص 346 وكشاف القناع للبهوتي 419/3.

(46) حاشية الدسوقي 455/3.

(47) لسان الحكام لابن الشحنة ص 365.

(48) المادة 612.

(49) المادة 613.

(50) السابق: مادة 614.

بهذا النوع من الضمان؛ فقد نصوا على أنه إذا (استأجر حجاماً ليقلع له سناً فقلع، فقال صاحب السِّنّ: ما أمرت بقلع هذا كان القول قوله ويضمن). ففرض هذه المسألة أن المريض استأجر الحجام أو الطبيب للدلالة على وجود العلاقة التعاقدية وأن المريض يدعي مخالفة الطبيب شروط هذه العلاقة مما أضره بقلع سنٍّ غير السن التي أراد قلعها. والقياس أن يكلف مدعي المخالفة التي توجب ديناً في ذمة المدعى عليه بالبينة المثبتة للخطأ أو المخالفة، طبقاً لقاعدة البينة على المدعي. ومع ذلك فقد ذهب الفقهاء إلى أن القول قول المدعي وأنه لا يكلف بإثبات الخطأ، بناء على أن الإذن مستفاد من جهته فيصدق فيه. ويعني هذا التعليل رغبة القائلين بهذا الرأي في تغليب مصلحة المرضى، خاصة وأنهم لا يعرفون عند التعاقد الأصول الفنية التي ينبغي على الطبيب اتباعها لعلاجهم. وهذا هو المعنى الذي نظر إليه المحدثون في إلحاقهم مسئولية الطبيب بالمسئولية العقدية بعد أن جرت المحاكم على اعتبارها من المسئولية التقصيرية حتى صدور حكم محكمة النقض الفرنسية عام 1936 م. وقد قضى هذا الحكم بأن مسئولية الطبيب عقدية إذا خالف في عمله ما توجبه العلاقة التعاقدية بينه وبين مريضه. وذلك بناء على أن سبب هذه المسئولية هو الاتفاق بين الطبيب وبين المريض أو نائبه. ونتيجة اعتبارها على هذا النحو افتراض خطأ الطبيب ونقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه، بمعنى أن المدعي لا يكلف بإثبات الخطأ، وأن على الطبيب ليدفع المسئولية عن نفسه أن يثبت أنه قام بواجبه العقدي على النحو الذي توجبه الأصول الفنية للمهنة [51]. ولا يختص هذا بالطبيب وحده، بل يتعداه إلى سائر المهن الفنية. ويدل هذا المثال السابق على وعي الفقهاء بخصائص ضمان العقد.

76 ـ ومما له دلالة في إثبات قيام هذا النوع من الضمان مستقلاً عن غيره في التفكير الفقهي قاعدة إيجاب الغرور للضمان في المعاوضات. ونص هذه القاعدة حسبما جاء في المجلة: (لو غر واحد آخر ضمن عقد المعارضة يضمن ضرره. مثلاً لو اشترى عرصة وبنى عليها ثم استحقت وضبطت أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم)[52]. وبهذا يوجب التنفيذ المعيب للعقد ضمان الضرر الذي تسبب فيه. وقد اشترطوا قيام عقد من عقود المعاوضات لتضمين الغارّ ما لحق المغرور من الضرر. وليس هذا الشرط شرطاً حاصراً؛ إذ يلتحق بعقود المعاوضات في إيجاب الغرور لضمان تلك العقود الأخرى التي يعود نفعها إلى الغار نفسه. من ذلك أن المودع إذا غرّ المودَع فضمن شيئاً رجع به على المودع وتوضيح ذلك بمثال أنه لو أودع شخص مالاً عند آخر وسلمه إليه

(51) الوسيط 821/1 والمسئولية المدنية لحسين عامر ص 98 ومسئولية الطبيب لعبد السلام التونجي ص 90.

(52) المادة 658 من مجلة الأحكام العدلية.

فهلك في يد الوديع بغير تعديه لم يضمن للمودع شيئاً، ولكن هذا المال إذا ظهر مستحقاً للغير وضمنه الوديع للمستحق، بحكم كونه في يده عند هلاكه فإنه يرجع على المودِع بما ضمن، لأنه غره في عقد يعود نفعه إليه[53]. ويختلف ذلك في منصوص الفقهاء عما لو أعاره عارية هلكت في يده دون تعديه، ثم استحقت وضمنها المستعير للمستحق فإنه لا يرجع على المعير، لأن المستعير ضمنها في قبض يعود نفعه إليه[53].

77 ـ ويدل ذلك على أن التنفيذ المعيب للعقد يوجب ضمان الضرر بشروطه، مثله في ذلك مثل الامتناع عن تنفيذ العقد. وقد تعرض الفقهاء لهذا النوع من الضمان بتفصيلات كثيرة في تناولهم لأحكام هلاك المعقود عليه وتوابعه، سواء كان ذلك عين مال أو منفعة أو حقاً من الحقوق وسواء كان ذلك التلف كلياً أو جزئياً بوجود العيوب التي تخل بمقصود العاقدين من التعاقد. ويتراوح التعويض الذي أثبتوه في الأحوال السابقة الذكر وما يماثلها من الغبن والتدليس والاستحقاق بين الحكم بالخيار في فسخ العقد للمتضرر وبين الحط عنه من العوض ما يماثل الضرر قصداً إلى رفعه وتحقيقاً للعدل الذي هو أساس التعاقد في الشريعة. وهذا هو الذي أجمله المؤلفون في القواعد الفقهية برجعهم أسباب الضمان إلى العقد والتعدي[54].

78 ـ ومن جهة أخرى فإن القوانين العربية الحديثة المتجهة إلى الشريعة والفقه قد اختارت مصطلح (ضمان العقد) الفقهي للإشارة إلى مسئولية المتعاقدين عن الأضرار الناشئة بامتناعهم عن تنفيذ تعهداتهم أو تنفيذها تنفيذاً معيباً. وهذا هو ما جرى عليه القانون العراقي الصادر عام 1951. وقد عم التعويض عن الخطأ العقدي البلاد الإسلامية حتى أصبح عرفاً مستقراً فيها، تقبله العقول ولا تجد فيه مخالفة لنص شرعي، ولذا جاز اعتباره والعمل به[55]. ونص ما جاء به القانون العراقي في هذا الخصوص ما يلي:

مادة 169 ـ (1 ـ إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره. 2 ـ ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ من العقد، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو امتناعاً عن عمل. ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به. 3 ـ فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة

(53) شرح المجلة لسليم رستم باز ص 363.

(54) الفروق للقرافي: 206/2 وما بعدها و 27/4 وما بعدها.

(55) انظر قواعد إعمال العرف في مجلة الأحكام العدلية مواد 37، 39، 41، 42، 45 وانظر رسائل ابن نجيم 114/2-146.

وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

79 ـ فتوى مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي: ولعل شيئاً من هذا أو كله كان في ذهن أعضاء مجلس المجمع الفقهي في حكمهم بتخويل القاضي الحق في تعديل الحقوق والالتزامات العقدية في الظروف الطارئة أو فسخ العقد بالأعذار (مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد... تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين) وإذ يجيز المجلس الحكم بالتعويض عن الضرر الناشىء من فسخ العقد في الظروف الطارئة التي تبرز هذا الامتناع كقيام حرب أو حدوث كارثة عامة فلا شك في أن قيام هذا الحق في الظروف العادية ينبغي أن يثبت بطريق الأولى. وهذا الحكم كما جاء في فتوى المجمع الفقهي (أشبه بالفقه الشرعي الحكيم وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها. والله ولي التوفيق)[56]. والأمر بعد بحاجة إلى دراسة مستقلة.

80 ـ الرأي المختار: أهم ما يفيده هذا النقاش أن الفقه الإسلامي قد عرف ضمان العقد بمفهوم يقترب أو يبتعد قليلاً من مفهوم المسئولية العقدية في التفكير القانوني. ولعل سبب إنكار البعض له بهذا المفهوم راجع إلى الرغبة في افتعال المخالفة بين الفقه والقانون؛ إذ تصعب الإشارة إلى أي سبب آخر لهذا الإنكار. ولا شك في أن الفقهاء المسلمين قد اعترفوا بالعقد مصدراً للإلزام وأنهم تناولوا أحكام الامتناع عن تنفيذ العقود وأخطاء المتعاقدين بتفصيل بالغ، وقضوا بتعويض الأضرار الناشئة عن هذه الأخطاء إعمالاً لأصول الشريعة وقواعدها القاضية برفع الضرر. ولا يسوغ لذلك إنكار جهودهم في هذا الشأن. ولا تتقيد الأضرار المضمونة بالعقد إلا بالتزامها بالعقد، كما جاء في تعبير الكاساني، وبأن تكون أضراراً مادية. أما الأضرار الأدبية التي يندر تعويضها في المسئولية العقدية قانوناً لتعذر تقديرها وحسابها فيجوز التعزير عليها بشيء من الغرامات المالية شفاء لنفس المضرور وزجراً للناس عن التسبب فيها. وهو ما لا تأباه قواعد الشريعة في جواز التعزير بالغرامات المالية.

ومن الناحية التاريخية فإن المسئولية العقدية أسبق في الظهور من المسئولية التقصيرية التي لم تتبلور أحكامها ومفاهيمها في النظم القانونية الوضعية إلا في أواخر العصور الوسطى وأوائل العصر الحديث، على حين اعترفت هذه النظم بقوة الإلزام التي للعقود منذ بداية تطورها. ولا يخطىء الناظر إلى الفقه الإسلامي وقواعده العامة هذه القوة التي اعترف بها للعقد، فالمسلمون على شروطهم، وكل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، والتفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن

(56) قرارات مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، نشر 1405-1985 ص 103 وما بعدها.

له تعلق بالعقد لم يجز إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه. وينطوي إنكار ضمان العقد في الشريعة أو تقييده بضمان الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال على إنكار ضمان العدوان أو تقييده هو الآخر باعتبار أن الخطأ فيهما له معنى واحد، وهو السلوك مسلكاً مخالفاً للشارع على وجه أضر بالغير، سواء ناقض هذا السلوك ما أمر به الشارع من وجوب الوفاء بالعقود والالتزام بشروطه، أو ناقض ما أمر به الشارع من عدم الإضرار بالغير وإن لم يوجد عقد.

المطلب الثاني: مفهوم ضمان العدوان

81 ـ أما ضمان العدوان فيعني: شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشىء عن التعدي بمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه، مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود. ويتضح هذا التعريف بملاحظة المعاني التالية:

ـ يشمل الحق المالي واجب التعويض برد العين المملوكة للغير كما في الغصب أو بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعدي كما في التكليف بطم البئر التي حفرها شخص تعدياً في ملك غيره. كما يشمل كذلك وجوب رد المثل والقيم والتعويض بأداء قدر من المال للمتضرر كما في الجروح والشجاج وغيرهما من الإصابات.

ـ القصد من شغل الذمة بهذا الواجب أو الحق هو رفع الضرر الناشىء عن التعدي. وهو يختلف بذلك عن المقصود من العقوبة، حسبما سلفت الإشارة إليه في التفريق بين الضمان والعقوبة.

ـ الإضافة في (ضمان العدوان) من إضافة المصدر لفاعله وسببه، فإنما شغلت الذمة بالضمان نتيجة التعدي بارتكاب فعل محرم شرعاً في أصله أو بالنظر إلى مآله أو بترك واجب التبصر والتحوط، إعمالاً لقاعدة من ترك واجباً في الحفظ والصون ضمن.

ـ أفعال العدوان الموجبة للضمان كثيرة متنوعة، تشمل الغصب والإتلاف بالمباشرة أو التسبب. ويشمل التعدي بالتسبب صوراً كثيرة يصعب حصرها، من بينها على سبيل المثال الكف أو الترك والغرور وشهادة الزور والسعاية والترويع أو التفزيع (الصدمة العصبية في الاصطلاح القانوني) والتعسف في استعمال الحقوق والمباحات والإهمال في حفظ الحيوانات ورعاية من تجب رعايته.

ـ يختلف العدوان الموجب لهذا النوع من الضمان عنه في ضمان العقد من جهة أن الخطأ في ضمان العدوان هو السلوك مسلكاً مخالفاً لما أمر به الشارع وأوجبه على الكافة. أما الخطأ في ضمان العقد فينشأ بمخالفة ما أوجبه الشخص على نفسه باعتباره طرفاً في علاقة تعاقدية.

ـ يتعلق الضرر المنفي في ضمان العقد بالحقوق الشخصية التي تنشأ لفرد على غيره بدخوله معه في علاقة تعاقدية على حين يتعلق الضرر المنفي في ضمان العدوان بالحقوق العامة التي تجب للفرد على الكافة، كحقه في سلامة نفسه وممتلكاته. والحقوق الشخصية Rights in Personum هي التي تتعلق بذمة شخص معين عند قيام سببها، أما الحقوق الأخرى التي تقوم بنفسها ولا تجب في ذمة أحد فقد أوضحها صدر الشريعة فيما يتعلق بحقوق الله تعالى بقوله: (وحق قائم بنفسه لا يجب في ذمة أحد كخمس الغنائم والمعادن، فالخمس فيهما مفروض على عين الغنائم والمعادن قبل الاستيلاء أو الكشف دون نظر إلى شخص الغانم أو الواجد للمعدن)[57]. ويصدق هذا المعنى على حقوق العباد أيضاً، كحق الفرد في حفظ نفسه وممتلكاته، وكحقه في صون سمعته وعرضه عند الشافعية ومن تابعهم خلافاً للأحناف الذين يلحقونه بالحقوق العامة[58]. والاصطلاح القانوني لهذه الحقوق القائمة بنفسها التي لا تتعلق بالذمة هو الحقوق العينية Rights in Rem ويقترب ذلك من المصطلح الفقهي (عين) في مقابلة (الدين) الذي يتعلق بذمة شخص معين.

81 ـ والعدوان الموجب للضمان في الشريعة هو الفعل الضار الذي لا تجيزه الشريعة ولا تأذن فيه ويستند هذا التعريف إلى مفهوم القاعدة الفقهية: الجواز الشرعي ينافي الضمان[59]. ولذا لو حفر إنسان بئراً في ملكه فسقط فيه حيوان لغيره أو إنسان لم يجب على الحافر ضمان، لأنه مأذون في هذا الحفر شرعاً. وكذلك لو حفر بئراً في ملكه فنضب به ماء بئر جاره لم يضمن، لأنه مأذون في الانتفاع بملكه. ويلتحق به إذن المالك غيره بالتصرف في ملكه، كأن يأمره بذبح شاته لم يكن للآمر المطالبة بالضمان، لاستناد الذبح إلى إذن من له حق الإذن شرعاً وهو المالك. أما لو أذن له بذبح شاة غيره فذبحها كان متعدياً، ووجب الضمان، لفساد الإذن من جهة أنه لا حق للآذن فيه.

وقد يعرف العدوان بأنه السلوك مسلكاً مخالفاً لما ألزم به الشارع، سواء بترك الواجب أو بفعل المحرم. وينتفي الضمان لذلك إذا صدر الفعل على وفاق الواجب شرعاً؛ فالقاعدة أن (الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به، فلو سرى قطع القاضي إلى النفس، وكذا إذا مات المعزر، وكذا إذا سرى الفصد إلى النفس ولم يجاوز المعتاد، فلا ضمان لوجوبه بالعقد.. وضمن لو عزر زوجته فماتت، ومنه المرور في الطريق العام مقيد بها. ومنه ضرب الأب ابنه أو الإمام أو الوصي تأديباً لكونه مباحاً. ومحله في الضرب المعتاد. أما غيره فموجب للضمان في الكل)[60]. وإنما يجب الضمان بترك الواجب أو بفعل الحرام،

(57) التوضيح: 736/2.

(58) راجع الخلاف بين الفريقين في النظر إلى جريمة القذف.

(59) المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية.

(60) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 283.

فمن الضمان بترك الواجب تضمين الممتنع عن تقديم الطعام للمضطر حتى مات[61]، لمخالفته ما وجب عليه من تقديم الطعام للمضطر. ومنه أن على الناقل الضمان فيما لو دخل الماء إلى سفينته وأفسد أمتعة الركاب، إن كان دخول الماء بسبب يمكن التحرز عنه بإصلاح السفينة وحفظها، لأنه هو الواجب عليه وقد تعدى بتركه. ولو ارتفع الموج وكانت عادة الملاحين في مثل هذا الحال أن يشدوها فسيرها الملاح وغرقت بارتفاع الموج ضمن الملاح ما يغرق من أمتعة الركاب وما يلحقهم من ضرر، لأنه خالف الواجب[62]. وفي جامع الفصولين أن الأم تضمن إذا خرجت (وتركت الصبي فوقع في النار. وفي امرأة تصرع أحياناً فيحتاج إلى حفظها لئلا تقع في ماء أو نار، وهي في منزل الزوج فعليه حفظها. فإن لم يحفظها حتى ألقت نفسها في نار عند الصرع فعلى الزوج ضمانها. وكذلك الصغيرة التي تحتاج إلى الحفظ وهي مسلّمةٌ إلى الزوج إن لم يحفظها وضيعها ضمن)[63]. ومن فروع التعدي بترك الواجب ما جاء في المادة 171 من مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. ونصها: (يعتبر فعلاً ضاراً يستوجب المسئولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لغيره من خطر يداهمه في النفس أو العرض أو المال، إذا كان في مقدوره أن يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر).

82 ـ وكما يكون التعدي بترك الواجب فإنه ينشأ بارتكاب فعل محرم في أصله، كأن يوقف دابته في الطريق العام أو يغصب مال غيره أو يتلفه بالمباشرة أو التسبب. ومن التعدي كذلك فعل المحرم في وصفه لا في أصله، كأن يكون الفعل مباحاً وصار إلى الحرمة لمّا صحبه قصد الإضرار إلى الغير أو الإهمال وعدم التبصر. ولذا يجب الضمان لو (سجّر تنوره ناراً فألقى فيه من الحطب ما لا يحتمله التنور، فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فاحترق). ولو (وثب من الحائط في الطريق فنفرت الدابة وألقت جرة.. عليها.. وكذا لو صاح على دابة فنفرت وألقت حملها وهلك، قال بهاء الدين الاسبيجابي يضمن الواثب والصائح قيمة الهالك)[64]، وذلك لأن الوثب والصياح وإلقاء ما لا يحتمله التنور من قبيل العدوان المحرم لما صحب هذه الأفعال من إهمال وغفلة عما قد تسببه من أضرار، مع أن هذه الأفعال في أصلها من المباحات.

83 ـ والأصل أن المرء مسئول عن فعل نفسه بحكم مبدأ شخصية المسئولية الذي أرسته الشريعة ونصوصها على نحو واضح. من ذلك قوله تعالى: ﴿فمن يعمل مثقال ذرة

---

(61) المبدع شرح المقنع: 339/8، 340.
(62) مجمع الضمانات: 49.
(63) جامع الفصولية: 114/2.
(64) مجمع الضمانات: 148.

خيراً يره. ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾ (الزلزلة: 7-8) وبقوله تعالى: ﴿ألا تزرُ وازرة وزر أخرى﴾ (النجم: 38) وبقوله: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ (الإسراء: 15). ومع ذلك فقد أقامت الشريعة مبدأ مسئولية المرء عمن هم تحت رعايته ورقابته بقوله ﷺ: «كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيتَ زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته»[65]. وقد استنبط الفقهاء من ذلك مسئولية الولي والزوج عمن هم تحت رعايته إذا قصرا في واجبَ الحفظ والرعاية، كالزوجة القاصر والمريضة بالصرع والصبي غير المميز في الأمثلة السابق ذكرها. ويقتضي قياس مسئولية الولي والزوج عن الأضرار التي تصيب من هم بحاجة إلى رعايتهما بأفعالهم أن يكونا مسئولين عن الأضرار التي تصيب غيرهم بأفعالهم أيضاً. غير أن الفقهاء قد خالفوا هذا القياس وأخذوا بالأصل العام القاضي بشخصية المسئولية وأوجبوا ضمان فعل القاصر الضارّ بغيره في ماله هو لا في مال وليه، رغم أن القاصر نفسه في ضمان وليه لو قصر في حفظه. ولعل الذي ألجأهم إلى إلقاء الضمان على القاصر فيما تسبب فيه من إضرار بغيره هو كون الضمان عندهم من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، بمعنى أن الشارع جعل الفعل الضار غير المأذون فيه سبباً لوجوب الضمان دون نظر إلى إدراك فاعله. أما التكليف بالأداء فإنما يخاطب به الولي دون الصبي إذا كان له مال وإلا بقيت ذمة الصبي مشغولة به إلى حين يساره. ويؤدي ذلك إلى تعذر حصول المضرور على حقه في التعويض عما لحقه من ضرر. ولذلك ذهب أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه إلى أنه إذا وجب على الصبي شيء ولم يكن له مال حمله عنه أبوه[66]، إلحاقاً لحاجته في أداء ما وجب عليه من ضمان بحاجته إلى النفقة الواجبة على الأب إذا كان الصبي معسراً. ويتفق ما أخذ القانون المدني المصري والعراقي مع هذه الرواية المرجوحة في المذهب الحنبلي[67].

ومن جهة أخرى فإن الحديث لا يعارض مبدأ شخصية المسئولية، وإنما يفرض على الوالد والأم عند غيابه واجب الرعاية، بحيث إذا قصر أحدهما في أداء هذا الواجب ونشأ الضرر بهذا التقصير كان ضامناً ما تسبب فيه بإهماله. وإلقاء الضمان على الولي إنما هو لتعديه بالتسبب في الضرر بهذا الاعتبار.

---

(65) مسند أحمد 5/2، 54، 111، 121، والبخاري كتاب النكاح وفتح الباري 299/9 ط، لاهور 1981.

(66) المادة 164 من القانون المدني المصري والمادة 291 من القانون العراقي التي تنص على ما يأتي: (أ ـ إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله. ب ـ وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر. جـ ـ عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم.

(67) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: 533/20، 157/34، 159.

84 ـ وقد اعترف الفقه الإسلامي بالمسئولية عن فعل الغير على نحو أكثر وضوحاً في إلقاء ضمان ما يتلفه تلميذ الصنعة على أستاذه. ففي مجمع الضمانات أن (تلميذ الأجير المشترك إذا وقع من يده سراج فاحترق ثوب من ثياب القصارة فالضمان على الأستاذ.. ولو حمل شيئاً من بيت القصارة بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق إن كان من ثياب القصارة لا يضمن الأجير ويضمن الأستاذ.. وكذا لو انفلتت المدقة من أجير القصار أو تلميذه فوقعت على ثوب من ثياب القصارة فلا ضمان على التلميذ وإنما الضمان على الأستاذ. وإن لم يكن من ثياب القصارة كان الضمان على التلميذ. ولو دفع المدقة على موضعها ثم وقعت بعد ذلك على شيء آخر فالضمان على الأستاذ لا على التلميذ. ولو أصابت المدقة إنساناً كان الضمان على التلميذ)[68]. وطبقاً لهذا فإن العبرة في مسئولية الأجير المشترك عن العمل الضار لتلميذه أن يكون هذا العمل مما هو مأذون له فيه بحكم وظيفته. أما ما يفعله التلميذ أو التابع للأجير المشترك خارجاً عن حدود وظيفته ومأذونية الأستاذ له فضمانه على التلميذ لأن الأستاذ لم يأذن له في هذا العمل. ولا يستقيم تفسير إلقاء الضمان على الأستاذ إلا باعتباره مسئولاً عما قصر فيه التلميذ مسئولية مطلقة. يوضحه ما قالوه في (السمسار الذي يدفع إليه التجار أمتعة ليبيعها إذا كان له أمين في قبض أثمانها فخان وعلم السمسار خيانته، ومع هذا جعله أميناً في قبض الأثمان، فمات (أي الأمين) ولم يترك شيئاً وعليه بقايا تلك الأثمان يضمن السمسار قياساً على ما إذا ترك الزوج الودائع عند زوجته وغاب وكانت خائنة غير أمينة فرجع وقد هلكت الودائع يجب عليه الضمان)[69]. وسنعود إلى بحث ذلك بالتفصيل في مناسبته من هذا البحث.

85 ـ وقد ناقش الفقهاء كذلك مسئولية المرء عن حيواناته باعتبار أن عليه واجب حفظها وتقييد استخدامها بما لا يضر بالغير من جهة أن المباح مقيد بوصف السلامة. أما الحيوانات التي لا حافظ لها، بأن كانت غير مملوكة لأحد أو التي لم يوجب الشارع على أحد تقييدها فلا يضمن حافظها ما تسببه من ضرر بفعلها. وهذا هو الذي ينصرف إليه قوله ﷺ: «العجماء جرحها جبار». ولا ضمان في الأضرار الناشئة عن فعل ما لم يوجب الشارع على أربابه تقييده كالنحل والحمام، إلا إذا أضر بالغير ضرراً لا يمكن توقيه فيمنع أربابه من اتخاذه. أما الحيوانات والطيور التي يمكن توقي أضرارها بحفظها فقد أوجب الشارع حفظها على أربابها. ويرتفع هذا الواجب إلى حدود المسئولية المطلقة عند بعض الفقهاء بالنسبة إلى تلك الحيوانات العادية أو الخطرة، بحيث يجب ضمان ما ينشأ من ضرر بفعلها. وهو ما نصوا عليه في مسألة الكلب العقور. أما بالنسبة للحيوانات غير العادية فإن أربابها مكلفون باتباع المعتاد في حفظها لمنع إضرارها بغيرهم، بحيث يجب ضمان أي

---

(68) مجمع الضمانات: 43.

(69) السابق: 52.

ضرر ينشأ من تقصيرهم في القيام بهذا الواجب[70].

ومع اتفاق الفقهاء على هذا الأساس فإنهم قد اختلفوا في تطبيقه في الكثير من التفصيلات والفروع رعاية لمقتضيات الظروف والأعراف.

86 ـ وكذلك فإن مالك البناء مسئول عن الأضرار التي تنشأ بتقصيره، إذا كان سببه مما يمكن التحرز عنه، ولم يبذل من العناية ما يمنع هذا الضرر. وإنما اشترط الفقهاء الإعذار إلى المالك، والتقدم إليه والإشهاد على ذلك في بعض الظروف لإثبات الخطأ أو التقصير في اتخاذ ما يلزم لمنع الضرر. وفي ذلك يذكر الزيلعي أن الإشهاد على الحائط المائل ليس شرطاً لقيام الضمان، وإنما هو شرط لإثبات سببه[71].

ويتقيد كذلك استخدام الآلات والمعدات بوصف سلامة الغير من الأضرار التي يمكن التحرز عنها. ومقتضاه أن على الحائز لهذه الآلات والمعدات أن يبذل من العناية ما يلزم لمنع الإضرار بالغير، فإن سلك مسلكاً مخالفاً لهذا الواجب ضمن الضرر الناشىء عنه.

87 ـ وإذا كان العدوان في الأحوال السابقة جميعها هو السلوك مسلكاً مخالفاً لما أوجبه الشارع على نحو ألحق الضرر بالغير فإن العدوان ينتفي بأسباب متعددة ناقشها الفقهاء بالتفصيل وضبطوا أحكامها. وأهم دوافع الضمان التي ذكروها هي:

(أ) عدم إمكان التحرز، فالقاعدة الفقهية أن ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه.

(ب) انقطاع نسبة الضرر إلى الفعل بتوسط سبب آخر، كما لو أشعل النار في تنوره فحملتها الريح إلى دار جاره، إذا كان الإشعال على الوجه المعتاد. ومنه كذلك المثال المشهور الذي يتردد في كتب الفقه، وهو أن يحفر بئراً في الطريق العام فيلقي فيه شخص آخر متاعاً للغير فإن الضمان على الملقي لا على الحافر لانقطاع نسبة الضرر إلى فعله.

(جـ) الدفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال الملقب في اصطلاح الفقهاء بدفع الصائل.

---

(70) انظر في ذلك: المبسوط: 881/26، وجامع الفصولين: 118/2، ورمز الحقائق: 251/2، ومجمع الضمانات 185 وما بعدها، والبدائع: 273/7 وحاشية الجمل: 80/5، ونيل الأوطار: 276/5، ومجلة الأحكام العدلية م 929، ومجلة الأحكام الشرعية مادة 1447 وما بعدها، والمادة 224 من القانون العراقي التي جاء في فقرتها الثانية: (أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمة يدها أو رأسها فيضمنه (أي الحارس) إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه).

(71) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي: 258/5، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي 828/5.

(د) الضرورة في المذهب المالكي؛ فمن اضطر إلى طعام غيره لحفظ نفسه وجب عليه تناوله، ولا يجب عليه ضمان، لمنافاة الإذن للضمان. والقاعدة في المذاهب الأخرى أن (الاضطرار لا يبطل حق الغير). ولذا يجب الضمان على المضطر رعاية لحقه وحق رب المال معاً.

(هـ) الرضا في إتلاف الأموال دون الأنفس. وقد عبر صاحب مجمع الضمانات عن ذلك بقوله: الإذن في إتلاف المال والأطراف يدفع الضمان، وفي النفس[72] لا.

(و) الإكراه بتفصيل يأتي في محله.

(ز) تقادم الزمان ومرور الوقت الذي يراه الحاكم مانعاً من سماع الدعوى، بناء على ما يراه محققاً للمصلحة. وقد نقل ابن فرحون آراء متنوعة في تحديد مدة تقادم الضرر بالسنين من عشر سنين إلى ثلاثين سنة[73]. ومع أن الضرر لا يكون قديماً، طبقاً لمنصوص القاعده الفقهية، فإن مرور مدة التقادم يدل على رضا المضرور بالضرر، ولذا ينتفي حقه في المطالبة.

المطلب الثالث: بين ضماني العقد والعدوان

88 - إذا اتضح مفهوم ضماني العقد والعدوان على النحو السابق بيانه تيسرت لنا الإحاطة بخصائص كل منهما التي تفرقه عن الآخر رغم اشتراكهما في الكثير من هذه الخصائص. وأهم ما يشتركان فيه أن الواجب بهما هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر، وأن سببهما هو السلوك مسلكاً مخالفاً للقواعد الشرعية الرامية إلى دفع الضرر، وأن التعدي فيهما أو الخطأ متعلق بمصالح العباد أو الأفراد، وأن الضرر المضمون في كل منهما يشمل أعيان الأموال ومنافعها والبدن الإنساني ومنافعه وسائر الحقوق المالية الأخرى. ويشتركان كذلك في أن مفهوم السببية فيهما واحد حتى لا يسأل المرء إلا عن النتائج الطبيعية لفعله. وقد أدى الاشتراك في هذه الخصائص الأساسية إلى أخذ عدد كبير من القانونيين بوحدة المسئولية فيهما وتقدير عدم الاختلاف بينهما. ولا يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة للتفريق بينهما، لضآلة الفوائد العملية المترتبة على هذا التفريق، حسبما يلاحظ الأستاذان Dias و Markesinis مؤلفا كتاب Tort Law.

89 - وتقوم وجهة النظر الأخرى على التفريق بين المسئولية العقدية والتقصيرية على أساس اختلاف مفهوم الخطأ في كل منهما، إذ الخطأ في المسئولية التقصيرية هو السلوك مسلكاً مخالفاً لما أوجبه القانون، على حين يكتسب الخطأ صفته هذه في المسئولية العقدية

---

(72) مجمع الضمانات: 160.

(73) تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك: 346/2، 361.

بالسلوك مسلكاً مخالفاً لما أوجبه الطرفان على نفسيهما ورضيا به. ويشير السيوطي إلى الفرق بين ضمان العقد والعدوان على هذا الأساس نفسه، فالمضمون بالعقد على حد تعبيره هو (ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله)[74].

ويلفت الأستاذان Markesinis و Dias النظر إلى أن عنصر الرضا لا يصلح وحده للتفريق بين هاتين المسئوليتين، لأن الرضا لا يكفي لإنشاء العقد كما أن الرضا قد يعد شرطاً لإنشاء المسئولية التقصيرية هي الأخرى، فحائز البناء إذا أذن لزائره بالدخول وجب عليه التحوط والعناية بهذا الزائر ويضمن له الضرر الناشىء عن تقصيره. ومسئوليته هنا تقصيرية مع أنه تحملها برضاه. ومن ناحية أخرى فإن للرضا دوراً في المسئولية التقصيرية حيث يعد مانعاً منها أحياناً ومؤثراً في مقدار التعويض الواجب في أحيان أخرى. وينتهي هذان الأستاذان لذلك إلى أن التفريق على أساس الرضا بالالتزام لا يتسم بالدقة النظرية أو العملية[75]. وفي رأيهما أن هناك وجهاً آخر للتفريق أدق من سابقه، هو أن المضمون بالعقد كالثمن والمقدار وما إلى ذلك يحدده العقد على حين أن المضمون في النوع الآخر من المسئولية محدد سلفاً بالقانون. وهذا التفريق هو ما أشار إليه السيوطي في عبارته السابقة الذكر. غير أنهما يلاحظان كذلك أن هذا التفريق ليس حقيقياً من كل وجه؛ فإن المضمون في المسئولية التقصيرية قد يرتفع أو يتعدل بالاتفاق، كما أن القوانين كثيراً ما تتجه إلى تحديد المضمون بالعقود حرصاً على المصالح العامة للمجتمع ونظامه. وبذلك لا يعدو هذا التفريق أن يكون تفريقاً تقريبياً.

90 ـ ومن الوجهة الفقهية فإن السيوطي قد سعى إلى إقامة التفريق بين كل من ضمان العقد والتعدي على أساس أن المضمون بالعقد هو ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله وأن ضمان التعدي مرده المثل أو القيمة المحددان شرعاً[76]. ومع ذلك فإنما يرد على هذا التفريق أن المضمون بالعقد محدد شرعاً كذلك بالمثل أو القيمة، فهذا هو معيار الواجب في التعويض عن الأضرار المالية في ضمان العقد والعدوان معاً. أما الواجب في الإصابات والجروح فإن الواجب هو الدية أو الأرش مقدراً كان أو غير مقدر، سواء نشأ الضمان بمخالفة العقد أو بمخالفة الشرع.

91 ـ ويذكر ونفيلد Winfield تفريقاً آخر بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية يتمثل في أن الحقوق التي تحميها المسئولية العقدية حقوق شخصية Rights in personum تتعلق بذمة المتعاقدين، ويلتزم بها كل منهما تجاه الآخر. أما الحقوق التي تحميها المسئولية

(74) الأشباه والنظائر للسيوطي: 362.

(75) Tort Law by R. W. M Dias and B.S. Markesinis, P. 6.

(76) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 362.

التقصيرية فهي حقوق عينية Rights in Rem قائمة بأعيانها ولا تتعلق بذمة أحد، ويلتزم بها كل امرىء تجاه كافة الناس. ويسوغ تلمس هذا التفريق بين ضماني العقد والعدوان في الفقه الإسلامي، لتفريقه بين هذين النوعين من الحقوق فيما أومأ إليه صدر الشريعة بعبارته التي سلفت الإشارة إليها، وفي مقابلة هذا الفقه بين كل من الأعيان والديون التي تتعلق بالذمة.

ومع ذلك يلاحظ دياس وماركسينس على هذا التفريق رغم صحته من الناحية النظرية قبل قيام المسئولية أنه لا يستقيم بعد وقوع سببها، من جهة أن واجب التعويض يثبت في ذمة المتعدي لحقّ المتضرر، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية[77].

92 ـ ويشير البعض إلى التفريق بين هاتين المسئوليتين على أساس النظر إلى الأهداف والمصالح المتعلقة بكل منهما. ذلك أن المسئولية التقصيرية تهدف على نحو مباشر إلى دفع الضرر الذي قد يصيب المال أو البدن على حين تهدف المسئولية العقدية إلى تحقيق المصالح وكسب المنافع. وبعبارة أخرى فإن الخطأ التقصيري يجعل وضع المتضرر أسوأ مما كان عليه قبل وقوعه، ويهدف التعويض حينئذ إلى إعادة هذا الوضع إلى ما كان عليه. أما الخطأ العقدي فقد اكتسب هذا الوصف لأنه لم يجعل وضع المتضرر أفضل مما كان عليه، ويهدف التعويض إلى تحسين هذا الوضع والإضافة إليه. ولذا كان التعويض في المسئولية العقدية أكثر إغراء من مقابله في المسئولية التقصيرية.

ولا يجد المتلمس لهذا الفارق بين ضماني العقد والعدوان في الفقه الإسلامي صعوبة في اقتفاء أثره، من جهة أن العقد في النظم القانونية بعامة سبب لاكتساب المنافع وإضافة المصالح وأن الامتناع عن الوفاء به يؤدي إلى بقاء الطرف الآخر في موقعه لم يكسب جديداً على حين أن الخطأ في ضمان العدوان يؤدي إلى خسارة المتضرر ما كان في يده ويؤخره عما كان عليه. ولذا يهدف التعويض في ضمان العدوان إلى الرجوع به إلى ما كان عليه. أما التعويض في ضمان العقد فيهدف إلى تحسين وضعه السابق وتحقيق بعض ما كان يؤمله لنفسه من الوفاء بالعقد.

ومع ذلك يوجه دياس وماركسنيس النقد إلى هذا التفريق من جهة أن ضمان العقد قد يقوم هو الآخر بدور الحامي للوضع القائم ورد المفاسد والأضرار، إذ يهدف الحكم بضمان طبيب الأسنان الذي يخطىء بنزع السن الصحيحة بدل المريضة المأذون له في إخراجها إلى المحافظة على مصلحة المريض ونفي الضرر عنه[78].

---

(77) Tort Law Dias and Markesinis P. 8

(78) المصدر نفسه ص 8.

93 ـ ومن ثم ينتهي هذان الكاتبان إلى ضعف الفوارق التي تميز كلاً من هاتين المسئوليتين عن الأخرى في النظم القانونية عامة، بدليل اتجاهها إلى تخيير المدعي بين المسئوليتين[79]، وخاصة في تلك الالتزامات التي تفرضها العلاقة التعاقدية وأحكام القانون معاً؛ فأمين النقل إذا سرق البضاعة المنقولة يعد مخالفاً لما يوجبه العقد والقانون على السواء. ولرب هذه البضاعة أن يختار بين رفع دعوى بالمسئولية العقدية أو بالمسئولية التقصيرية. ويصدق ذلك على جاحد الوديعة والدال عليها من يأخذها ظلماً وتارك حفظها في الفقه الإسلامي، حيث يعد غاصباً ومخالفاً لما يوجبه العقد. وكذلك المستأجر والمضارب والشريك إذا خالفوا الإذن كان ذلك تصرفاً منهم في مال الغير بدون إذنه، مما هو محرم بالعقد والشرع معاً، ويضمنون ضمان الغاصبين.

ويتبنى القضاء في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والقضاء الألماني والبلجيكي والقضاء اللاتيني نظرية الخيرة Option بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية إذا قام سبب كل منهما. ويعرف ذلك في القانون الانجليزي بمبدأ Choice of Remedy. وقد صدرت في مصر أحكام كثيرة تنزع إلى جواز الخيرة. من ذلك الحكم الصادر عام 1891 بأن اشتراط المؤجر الإعفاء من المسئولية عما يصيب المستأجر من ضرر نتيجة الإهمال في صيانة المأجور لا يمنع من قيام المسئولية التقصيرية. كذلك قضت محكمة الاستئناف أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسئوليتها عند ضياع البضائع المنقولة في مبلغ معين من المال فإن هذا الشرط لا يمنع من قيام المسئولية التقصيرية[80].

ومع ذلك ينازع الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مبدأ الخيرة بين المسئوليتين باعتبار أنه إذا قام العقد ونشأت المسئولية العقدية لم يجز العدول عنها إلى تأسيس الدعوى على أحكام المسئولية التقصيرية، إعمالاً لاتفاق المتعاقدين وإرادتهم. ولذلك فإن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية الذي تتضمنه عقود النقل في العادة كاف لدفع المسئولية العقدية. ولا يصح للمتضرر أن يؤسس دعواه على أحكام المسئولية التقصيرية لأنه يكون مخالفاً لما أراده ورضي به[81].

94 ـ ولا أجد مانعاً في الفقه الإسلامي من توارد ضماني العقد والعدوان في محل واحد، بل هو الأقرب إلى القواعد والأصول. يدل على ذلك القاعدة الفقهية التي يشير فيها ابن رجب إلى إمكان اجتماع ضمان العقد وضمان اليد المعتدية في محل واحد، سواء كان منقولاً أو غير منقول. وذلك كضمان المودَع بجحد الوديعة[82]. ويظهر الاعتراف بحق

(79) المصدر نفسه ص 9.

(80) الوسيط للسنهوري: 760/1.

(81) الوسيط: 762/1.

(82) القواعد الفقهية لابن رجب ص 221.

المدعي في التخير بين المسئوليتين فيما أورده صاحب مجمع الضمانات بقوله: (لو أردف المستأجر خلفه آخر بغير ذكره في العقد فعطبت الدابة فعليه نصف قيمتها ولو أردف اثنين ضمن ثلثي قيمتها. . . وهذا الحكم إن كانت الدابة تطيق حمل الرديف، وإن كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها، ثم المالك بالخيار إن شاء ضمَّن المستأجر ولا يرجع على الرديف، وإن شاء ضمَّن الرديف ورجع على المستأجر)[83]. ويستند اختيار تضمين الرديف إلى ضمان التعدي، بحكم تصرفه في مال غيره بدون إذنه، وكونه غاصباً بذلك على حين يستند اختيار تضمين المستأجر إلى ضمان العقد.

ويبدو مع ذلك أن تخيير المدعي بين ضماني العدوان والعقد مقيد بألا يكون المدعى عليه قد خالف أحكام العقد من كل وجه، بحكم أن هذه المخالفة الكاملة تنهي العقد، ولا يجب في هذه الحالة إلا ضمان العدوان. وتطبيق ذلك على المثال الأخير أنه إن كانت الدابة لا تطيق حمل الرديف اعتبر ذلك مخالفة كاملة ووجب ضمان القيمة كلها ضمان عدوان. أما إن كانت المخالفة جزئية، بحيث استند التلف إلى فعلين أحدهما مأذون فيه بالعقد والآخر غير مأذون فيه فإن نسبة من القيمة هي التي تجب في مقابلة نسبة التعدي. ولذا يجب نصف القيمة إن أردف واحداً وثلثا القيمة إن أردف اثنين. ويوضح صاحب مجمع الضمانات هذا بقوله: (استأجر ثوراً ليطحن عليه عشرة مخاتيم فطحن أحد عشر مختوماً وتلف أو استأجره ليكرب عليه جريباً فكرب جريباً ونصفاً فهلك ضمن كل قيمته، إذ الطحن يكون شيئاً فشيئاً، فلما طحن عشرة انتهى العقد فهو في طحن الحادي عشر مخالف من كل وجه فيضمن كلها)[84].

95 ـ والخلاصة في التفريق بين ضمان العدوان وضمان العقد أن الأخير لا ينشأ إلا إذا وجدت علاقة تعاقدية بين طرفين يتمتعان بأهلية التعاقد، ويمتنع أحدهما عن التنفيذ الكامل للعقد على النحو الذي التزم به دون عذر يبرر هذا الامتناع. ولا ينشأ هذا النوع من الضمان لذلك بفعل الصبي والمجنون والمعتوه ومن في حكمهم ممن عدموا أهلية التعاقد وتقيد الأضرار المعوض عنها في العقد بالأضرار المباشرة المتوقعة للطرفين عند التعاقد، لأنها هي الأضرار الملتزمة في العقد بتعبير الكاساني[85]. وإذا استند الضرر إلى فعل مأذون فيه عقداً وآخر محرم شرعاً فإن واجب التعويض يتوزع عليهما بنسبة ما تسبب فيه كل منهما من ضرر. أما إذا استقل الفعل المحرم شرعاً بإنتاج الضرر وانتسب إليه فإن التعويض يجب كاملاً، ويعد ذلك من ضمان العدوان رغم وجود العلاقة التعاقدية. ويخيل إليّ لذلك أن

---

(83) مجمع الضمانات ص 15.

(84) مجمع الضمانات: 20.

(85) بدائع الصنائع ص 200/4.

تطبيق مبدأ الخيرة بين الضمانين في حكم النادر القليل من وجهة النظر الفقهية. وإنما ينشأ ضمان العدوان في الفقه الإسلامي على الرغم من وجود العقد لسببين:

أولهما: إذا كانت المخالفة لشروط العقد كاملة وانتسب الضرر إليها.

والثاني: إذا كان الضرر غير داخل فيما اتفق عليه أطراف العقد. يقول الكاساني: (لو حمل المكاري بني آدم، فما عطب من سوقه وقوده لا يضمنه من جهة الإجارة، ولا يشبه هذا المتاع، لأن ضمان بني آدم ضمان جناية، وضمان الجناية لا يجب بالعقد)[86]. وتدل هذه المسألة على أن ما يضمنه الأجير المشترك من الأمتعة مضمون عليه بالعقد، لأن وجوب الضمان فيه بالخلاف، أما إذا كان المضمون عليه إنساناً فإنه يكون من ضمان العدوان لوجوبه عليه بالإتلاف لا بالخلاف.

المبحث الثالث: مشروعية ضمان العدوان وأسسه العامة

96 - تقديم: يتناول هذا المبحث الأمور التالية:

1 - أدلة مشروعية ضمان العدوان.

2 - حكمة مشروعيته ومقاصد الشريعة من شرعه.

3 - أسسه العامة ففي الشريعة من جهة رفع الضرر ومسئولية كل فرد عن عمله والتكافل في تحمل الضرر في الظروف التي تقتضيه وتخفيف عبء الإثبات لمكان التهمة وواجب التحرز عن الضرر.

الفرع الأول: أدلة مشروعية (ضمان العدوان)

97 - ثبتت مشروعية الضمان عموماً بأدلة تفيد اليقين لتواردها على إيجابه وتواترها تواتراً معنوياً. من ذلك الآيات القرآنية الكريمة المتعلقة بإرساء مبدأ المسئولية الشخصية، كما في قوله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ (المدثر: 38) وقوله: ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾ (البقرة: 286) وقوله: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون﴾ (الأنعام: 164) وقوله: ﴿من يعمل سوءاً يجز به﴾ (النساء: 123) وقوله: ﴿من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها﴾ (فصلت: 46). وقوله: ﴿وَلا تزر وازرة وزر أخرى﴾ (الإسراء: 15). ولا يخفى وجه الدلالة على مشروعية الضمان، من حيث إنه نوع جزاء على تعدي المرء واكتسابه.

وترسي آيات أخرى مبدأ التناسب بين المجازاة والضرر، كقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة

(86) السابق 212/4.

سيئة مثلها﴾ (الشورى: 40) وكقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (البقرة: 194) وكقوله: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ (النحل: 136)؛ ووجه الاستدلال أن الآيات تقرر مبدأ المماثلة في الجزاء عموماً، سواء كان ضماناً أو عقوبة، لتحقيق العدالة والإنصاف. وإنما أطلقت الآيات على الجزاء المشروع سيئة واعتداء لمجرد المشاكلة وتأكيد مبدأ المماثلة.

98 ـ ويوجب القرآن الكريم مبدأ احترام حق الملك بقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم﴾ (البقرة: 188). وقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (النساء: 29) وقوله: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً﴾ (النساء: 10) ووجه الاستدلال أن الشارع حرم التعدي على مال الغير واعتبره ظلماً وتوعد عليه بالعذاب. والضمان إنما هو لرفع هذا الظلم ولحماية حق المالك.

وتفريعاً على ذلك أوجب أداء الأموال إلى أربابها، سواء كان وجودها في يد الغير على سبيل الأمانة أو على سبيل التعدي. يقول تعالى في شأن وجوب ردّ الأمانات: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ (النساء: 58). ويستلزم الأمر بأدائها شغل الذمة بها، وإلا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب، وهذا لا يتصور. وشغل الذمة بأداء واجب مالي هو أحد مفاهيم الضمان كما تقدم. أما إذا كانت الأموال في يد غير أهلها على سبيل التعدي فقد أوضحت السنة قيام الضمان إلى حين أداء هذه الأموال. يقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». ولا يدل الحديث على وجوب الضمان من حيث الاقتضاء أو توقف فهم المراد من الحديث على تقديره فحسب، بل يدل الحديث على هذا الوجوب بنصه، لأنه المعنى المباشر الذي سيق الحديث لأدائه.

وقد حكم ﷺ بوجوب الضمان لإتلاف مال الغير في بعض الوقائع من ذلك حديث أنس الذي جاء فيه: «أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال رسول الله ﷺ: «طعامٌ بطعام، وإناءٌ بإناء» وفي ذلك أوجب الرسول ﷺ ردَّ طعام بدل الطعام التالف وإناءٍ عوضاً عن الإناء التالف، وهذا التعويض هو الواجب بالضمان.

وقد أوضحت السنة أن (ظهر المؤمن حمى إلا في حد أو حق)[87]، فلا يضرب ولا يذل إلا على سبيل الحد والتعزير. ومن أجمع ما جاء في ذلك قوله ﷺ في خطبة الوداع: «.. إن الله تبارك وتعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها، كحرمة

(87) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر: 85/12 ط لاهور 1981، وهو حديث رواه البخاري في كتاب الحدود.

يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا. ألا هل بلّغت»[87].

99 ـ نفي الضرر: ومن أهم الأدلة على مشروعية الضمان قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». وقد أثبته مالك في الموطأ بهذا اللفظ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه يحيى بن عمارة بن حسن التابعي. والحديث مرسل في هذه الرواية. ووصله الدراوردي عن طريق أبي سعيد الخدري بزيادة: ومن ضارّ أضرّ الله به ومن شاق شق الله عليه[88]. ويذكر الزيلعي أن هذا الحديث قد روي من طريق عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وأبي لبابة، وثعلبة بن مالك وجابر بن عبد الله وعائشة. وهذا الحديث قد أخرجه كل من ابن ماجة وابن أبي شيبة وعبد الرزاق وأحمد والطبراني والدارقطني والحاكم وابن عبد البر والشافعي وأبو داود وأبو نعيم والنسائي والترمذي[89]. ويذكر النووي أن هذا الحديث حسن، وله طرق يقوي بعضها بعضاً، وقال العلائي: له شواهد وطرق يرتقي بمجموعها إلى درجة الصحة[90]. ولا يتقوى هذا الحديث بتعدد طرقه وتنوعها فحسب بل تسانده قواعد الشرع وأحكامه القاضية بمنع الظلم والإضرار بالغير وإقامة العدل والإحسان وحرمة مال المسلم ودمه وعرضه والأمر بالرفق بالجار والإحسان إلى الضعاف. ويبلغ الحديث بالالتفات لذلك مبلغ التواتر المعنوي، ولذا لا ينازع أحد في صحته من هذا الوجه، بل ويراه البعض أحد الأحاديث الخمسة التي يدور عليها الفقه[91]. ويعتبره السيوطي وابن نجيم أصلاً لكثير من أبواب الفقه كالضمان والشفعة والقصاص والديات والحجر والجبر على القسمة في شركة الملك[92].

ووجه دلالة الحديث على مشروعية الضمان أن الحديث يستلزم لفهمه وجوب الضمان من جهة أن الحديث لم يرد لنفي الضرر في الواقع المحسوس، وإنما أريد به التنبيه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير وإيجاب الضمان على من أوقعه. وهذا هو منصوص القاعدة الفقهية: الضرر يزال، فإنه لا طريق إلى إزالة الضرر الواقع إلا بإيجاب الضمان تداركاً لهذا الضرر.

100 ـ ويدل الضرر في الاستعمال الاصطلاحي على الحرج والنقص في الأموال والأنفس. وله في اللغة عدة معان، منها الضيق والشدة وسوء الحال والمكروه. قال في

---

(88) أوجز المسالك إلى موطأ مالك للشيخ محمد زكريا الكاندهلوي، نشر إدارة التأليفات الأشرفية بملتان ـ باكستان، 225/12.

(89) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي: 384/4 ط لاهور مصورة.

(90) أوجز المسالك: 226/12.

(91) السابق 225/12.

(92) الأشباه والنظائر للسيوطي: 83، ولابن نجيم: 85، وغمز عيون البصائر للحموي: 121/1.

الصحاح: مكان ذو ضرر أي ضيّق. وفي القاموس: الضرر الضيق. وفي المصباح: الضرر بمعنى فعل المكروه، وضره فعل به مكروهاً. وفي المنجد: الضرر والضّـرّ ضد النفع بمعنى الشدة والضيق وسوء الحال ودخول النقص في الشيء. وقد وردت في القرآن الكريم كلمة الضراء في مقابل السراء بمعنى الشدة والقحط في قوله تعالى: ﴿الذين ينفقون في السراء والضراء﴾ (آل عمران: 134). والضُّر والضرر والإضرار كلها بمعنى واحد.

أما الضرار فقد اختلفوا في تحديد معناه وعلاقته بالضرر، فقال علماء اللغة إنهما بمعنى واحد، وورد عن بعضهم أن الضر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعداً. وقيل الضرار أن تضره من غير أن تنتفع والضر أن تضره وأنت تنتفع به. وقيل الضرار الجزاء على الضرر الذي يقع في الابتداء. وهذا هو الذي رجحه بعضهم، ففي النهاية الأثيرية أن قوله لا ضرار معناه أن لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، وهو فِعال من الضر، أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه. وهذا هو ما جاء في لسان العرب وتاج العروس والوسيط، وهو ما رجحه ابن نجيم والسيوطي. ويبدو أن هذا الترجيح مستند إلى قاعدة المفاعلة التي ترجع إلى فعل الاثنين فصاعداً.

وقد ورد الضرار في القرآن في ستة مواطن بمعنى الإضرار المالي والنفسي كذلك. ولا أجد ما يفرقها عن الضرر في هذه المواطن كلها إلا معنى التكلف والافتعال الذي يقتضي القصد والنية، فكأن الضرر هو النقص في الأموال والأنفس والحرج دون التفات إلى نية المتسبب فيه، أما الضرار فهو التسبب في الحرج نفسه مع القصد إليه. وقد يفسر ذلك سبب العدول إلى صيغة الضرار في هذه المواطن الستة، وهي:

- قوله تعالى: ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾ (البقرة: 231) أي قصداً إلى الإضرار بهن، بمعنى أنه لا يرجع زوجته إليه بعد طلاقها لا بقصد إمساكها واستئناف حياة زوجية معها وإنما لمجرد الإضرار بها.

- قوله تعالى: ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ (البقرة: 233) أي لا يقصد أحدهما إلى الإضرار بالآخر، كأن يمنع الزوج نفقة الابن للإضرار بالزوجة، أو يمنع أحدهما الآخر من رؤية الولد عند إشرافه عليه وحضانته له.

- قوله تعالى: ﴿ولا يضارّ كاتب ولا شهيد﴾ (البقرة: 282) محمول على النهي عن القصد إلى الإضرار كذلك، سواء كان البناء للفاعل، وتوجه النهي إلى الكاتب والشهيد، فيحرم عليهما القصد إلى الإضرار بأصحاب الحقوق بالكتمان والتحريف، أم كان على البناء للمفعول بمعنى أنه لا يجوز لأحد أن يضرّ بهما بتعطيلهما أو تكليفهما التردد على مجالس القضاء دون تحمُّل مئونتهما.

ـ قوله تعالى: ﴿غير مضارٍّ وصية من الله﴾ (النساء: 12) معناه أنه لا يجوز لرب المال أن يتعمد الإضرار بورثته بالإقرار بديون غير حقيقية.

ـ قوله تعالى: ﴿والذين اتخذوا مسجداً ضراراً﴾ (التوبة: 107) معناه أنهم اتخذوا هذا المسجد بقصد إضرار المسلمين وتفريقهم.

ـ قوله تعالى: ﴿ولا تضارّوهن لتضيقوا عليهن﴾ (الطلاق: 6) فيه معنى القصد أيضاً.

ويبدو لي لذلك أن التفريق بين الضرار والضرر على أساس تجرد الضرر للحدث نفسه دون إشارة إلى النية واستشعار القصد في الضرار هو أولى من التفريق بينهما بالنظر إلى معنى المفاعلة في فهم عدد كبير من العلماء، كما أنه الأولى فيما يبدو لي كذلك من التفريق بينهما على أساس اختصاص الضرر بالنقص من الأموال والأنفس دون الأحاسيس النفسية على حين يرجع الضرار إلى هذا الجانب النفسي فيما انتصر له الخميني الموسوي وطبقه على المواطن الستة السابق ذكرها. وعبارته أن الضرار وتصاريفه يستعمل في التضييق وإيصال الضيق وإيصال المكروه والحرج والتكلف كما أن الشائع في الضرر والضر والإضرار هو استعمالها في المال والنفس[93].

101 ـ وإذا كان الحديث يقتضي وجوب الضمان تداركاً للضرر الواقع ورفعاً له بأسلوب النفي فإنه يستلزم تدارك جميع الأضرار دون تفريق بينها، حتى لا يثبت إقرار الشارع لأي منها بعد نفيه لها. ويستقيم فهم هذا العموم على جميع الاحتمالات التي قد ينصرف إليها فهم هذا الحديث. والاحتمالات هي:[94]

(أ) نفي الحكم الشرعي المتضمن للضرر. فمعنى قوله لا ضرر على هذا الاحتمال أنه ليس هناك حكم شرعي فيه ضرر. ويقوي هذا الاحتمال على رواية لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ومعناه بهذا لا ضرر مسبباً عن الحكم الشرعي. والحديث بهذا إخبار عن واقع التشريع الإسلامي وأنه لا يتضمن إضراراً بأحد.

(ب) المنفي في الحديث هو الضرر غير المتدارك بالضمان، مما يقتضي أن الشارع حكم بتدارك جميع الأضرار بالضمان ورفعها.

(جـ) الحمل على النهي كقوله تعالى: ﴿فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ (البقرة: 197).

102 ـ وتقوي إرادة عموم جميع أنواع الضرر في الحديث بالالتفات إلى صيغته

---

(93) الرسائل للخميني الموسوي: ص 28 مؤسسة اسماعيليان 1385 هـ.

(94) السابق ص 32-45.

المؤلفة من النفي والنكرة التي تفيد العموم في هذا السياق. وكذلك فإن الضرر يُحمل على مدلوله العرفي بحكم أن الشارع لم يحدد هذا المفهوم فينصرف إلى المدلول العرفي. وقد استشعر الفقهاء هذا العموم في صياغتهم للقاعدة الفقهية الكلية القاضية برفع الضرر، ونصها: الضرر يزال[95]. ويجب العمل لهذا على أن يشمل الضمان جميع الأضرار التي يعدها العرف كذلك، سواء تعلقت بأعيان الأموال أو بمنافعها أو بالبدن الإنساني أو بمنافعه أو بالجوانب النفسية والشعورية. ويجب كذلك صياغة الأحكام الفقهية المتعلقة بالضمان على ضوء هذه الغايات والمقاصد التي أرادها الشارع لتدارك ما يعد في العرف ضرراً.

الفرع الثاني: مقاصد ضمان العدوان

103 ـ حدد القرافي والعز بن عبد السلام والكاساني وغيرهم مقصد الشارع من وضع حكم الضمان وشرعه برفع الضرر وجبره. وهم يعدونه من الجوابر التي شرعت في مقابل الزواجر لكل من (جلب المصالح.. وجبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان)[96].

وإذا كانت (الأموال لا تجبر إلا بجابر مالي)[97]، وكذلك حقوق العباد الأخرى، فقد ناسبه تقدير الواجب في الضمان بالأموال. والواجب عموماً هو رد المثل أو القيمة أو الديات والأروش أو حكومة العدل. وبهذا اعتبر الفقهاء أن جلب ما فات من المصالح وجبر ما فات منها بالجوابر المالية هو المقصد الأساسي للضمان، وهو الذي يفرقه عن العقوبة، بحكم أن المقصود الأساسي منها هو الردع والزجر.

104 ـ وعلى سبيل المقارنة فقد تغير المقصد الذي أرادته القوانين الوضعية من المسئولية التقصيرية بتغير الظروف التاريخية، فقد قصدت هذه القوانين أول ما قصدت إلى ترضية المتضرر وتهدئته وانتزاع سخطه واعتبرته هدفها الأسمى من إيجاب التعويض، منعاً للنزاع وقيام الفتن. غير أنه قد وجد فيما بعد أن التركيز على هذا الهدف من شأنه أن يثير في الطرف الآخر روح المقاومة والرغبة في الثأر. ولذلك اتجه التفكير في مرحلة تاريخية أخرى إلى إحلال هدف الردع والمنع محل العمل على ترضية المتضرر. وقد ناسب هذا المعنى مرحلة قصر الحكم بالتعويض على التعديات المشتملة على القصد السيىء أو التعمد، وقبل الاعتراف بالإهمال سبباً مستقلاً لإيجاب المسئولية التقصيرية. وقد لوحظ بعد تطور هذه المسئولية في التفكير القانوني أن هدف الردع لا يناسبها، من جهة أن التعويض لا يمنع من

(95) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 83، ولابن نجيم ص 85.
(96) قواعد الأحكام 178/1.
(97) السابق: 179/1.

الأخطاء البشرية غير المقصودة، وخاصة في حوادث الطرق التي تنشأ في معظم الأحوال من أخطاء تافهة لا يستطيع السائق أن يتجنبها على الدوام. وقد أظهرت إحصائية وزارة النقل والمواصلات الأمريكية في أوائل السبعينات أن السائق المتمرس الذي لم يتعرض لحادثة في السنوات الأربع السابقة على اختباره يرتكب حوالي تسعة أخطاء من أربعة أنواع كل خمس دقائق من قيادته[98]. ومن جهة أخرى فإن عقوبات القوانين الجنائية أقرب إلى تحقيق هذا الهدف من شرع الضمان.

105 ـ ويتناول محام أمريكي اسمه جويدو جالا بريسي Guido Galabresi هدف الردع المقصود من التعويض تناولاً آخر يستند إلى ما أسماه (الردع العام) الذي يقوم على حساب تكلفة التعويض المحتمل وجوبه في إنتاج سلعة من السلع وترويجها، أو في أي نشاط، وإضافة هذه التكلفة إلى تكلفة هذا الإنتاج أو النشاط. ويرى جويدو أن حساب التكلفة على هذا النحو من شأنه أن يؤدي إلى تحديد مستوى الإقدام على أي نشاط وتعيين طريقة مباشرته وإلى التحكم الاجتماعي في كل ذلك عن طريق زيادة التكلفة برفع مقدار التعويض ونسبته. ويرجع هذا التناول إلى أن قوى السوق تضمن أفضل تخصيص لعناصر الثروة، وتحدد أغلب القرارات الاجتماعية بشأن الأنشطة المتسببة في الضرر عن طريق تحميل الفرد تبعة نشاطه الضار بغيره. وعلى سبيل المثال فإن من الممكن التحكم في مستوى الإقدام على قيادة صغار السن للسيارات عن طريق رفع أقساط التأمين. وكذلك لو صدر قانون يلزم شركات صناعة السيارات بنسبة من التعويضات الواجبة في تلك الحوادث التي تتعرض لها سياراتها الخالية من الحزام الواقي فإن هذه الشركات ستقارن بين تكلفة الحوادث وتكلفة تصنيع هذا الحزام مما يؤثر في النهاية على قرارها[99]. غير أن هذه النظرية معيبة في أساسها من جهة أنه لا يجوز لأي نظام قانوني أن يسمح بالنشاط الضار لمن استطاع تحمل تكلفته. ولا يجوز كذلك الوثوق بقوى السوق في مجال الحد من الأضرار، ولذا تتدخل الدول الحديثة بفرض قوانين الضمان الاجتماعي لتوزيع الضرر بدلاً مما ترمي إليه نظرية (جويدو) التي لا تعمل إلا إذا تحمل المتسبب في الضرر تكلفة هذا الضرر.

106 ـ وقد اتجه البعض إلى التفكير في العدالة باعتبارها المقصد الأسمى للضمان. وتستلزم العدالة في هذا السياق ألا نترك الضرر يستقر حيثما وقع وإنما يجب أن يتحمله المتعدي، فهو الأولى بالحمل عليه. غير أن الحكم بالضمان لا يستند في كثير من الأحوال إلى ما توجبه هذه النظرة الخلقية، فمن انقلب وهو نائم على متاع غيره فأتلفه ضمن ما نشأ عن فعله من ضرر وإن لم يكن ظالماً ولا معتدياً. ولو أتلف صغير مال غيره ضمنه وإن لم

(98) Dias and Markesinis, P. 9.

(99) Tort Law, Dias and Markesinis P. 12-13.

يكن ملوماً من الناحية الخلقية، كما إذا كان غير مميز. ويتضح من هذا أن التعويض وجبر الضرر هو الهدف العام للضمان.

وقد استقر التفكير بشكل عام على اعتبار تعويض المتضرر بنقل الضرر وتوزيعه على قطاع يستطيع تحمله دون إرهاق هو الهدف الأعلى لنظام المسئولية التقصيرية. وهو بذلك يقترب مما عبر عنه الفقهاء المسلمون: الكاساني والعز والقرافي.

107 ـ ويسلم تحديد المقصد العام للضمان في جبر الضرر وتعويض المتضرر إلى السؤال عن الوسائل والكيفيات التي اعترف بها الفقه الإسلامي لتحقيق هذا المقصد. وقد سلفت الإشارة إلى أن المبادىء الشرعية قد اتخذت نوعين من الوسائل لضمان تعويض المتضرر. أولهما تحميل المتعدي واجب التعويض ونقل الضرر إليه باعتباره مسئولاً عنه أو أنه هو الأولى بالحمل عليه، وذلك في الأضرار المالية والجسدية التي تقل عن نصف عشر الدية في المذهب الحنفي أو في حدود ثلث الدية في مذهب الجمهور. والثاني إلقاء واجب التعويض على العاقلة فيما تتحمله، توزيعاً للضرر ونقلاً له من جانب المتضرر إلى طائفة من الناس أو جماعة تستطيع تحمله دون مشقة.

وإذا صح هذا الفهم وجب تحديد مقصود الشارع من شرع الضمان بجبر الضرر عن طريق نقله من المضرور إلى من تسبب في إلحاق الضرر به أو توزيعه على أفراد العاقلة الذين لا يشق عليهم تحمله، رعاية لمصلحة المتضرر ومصلحة المتسبب في الضرر على السواء. ويفتح هذا التحليل لدور العاقلة الباب للاجتهاد في إقامة مؤسسات التأمين التعاونية التي تيسر للعاقلة أداء دورها في سياق التعاملات الحديثة. ويجوز أن تتحمل هذه المؤسسات الضمانات الواجبة على أعضائها في الأضرار المالية كذلك، سواء بإطلاق ما تتحمله هذه المؤسسات عن أعضائها أو بوضع حد أدنى لما تتحمل عنهم.

108 ـ ولا يشمل القصد من الضمان بوضعه هذا الوضع الأهداف الأخرى، كترضية المضرور وتهدئته وإقامة العدالة وردع المخطىء أو المتعدي، وإن لزمت عن المقصود العام منه، وهو إيصال التعويض إلى المتضرر، لزوم وجود وواقع لا لزوم تشريع. ولا يقصد الشارع إلى رفع ضرر المدعي بالإضرار بالمدعى عليه. دليله أنه شرع العاقلة لتحمل الضرر عن المدعى عليه هو الآخر في أكثر الإصابات دوراناً ووقوعاً وأكثرها تكلفة. والشارع إنما يقصد إلى إيقاع المصالح وإن لزم عنها الإضرار بأحد ،اقعاً فلا يعني ذلك دخولها في قصد الشارع واعتباره لها، فالطبيب فيما أوضحه الشاطبي بعلم تألم المريض أثناء إجراء الجراحة دون أن يقصد إيقاع هذا الألم.

وعلى سبيل المقارنة فقد أدى ظهور التأمين إلى تيسير حصول المدعي على حقه دون إرهاق للمدعى عليه. ويشبه الدور الذي تقوم به شركات التأمين من بعض جوانبه دور

العاقلة التاريخي، وذلك بالنظر إلى التخفيف عن المدعى عليه. غير أن هذا النظام الجديد يتجه إلى إلقاء الضرر على الطرف الذي يستطيع تحمله على نحو أكثر يسراً، سواء كان المضرور نفسه، أو المتسبب في الضرر. وقد تحقق ذلك في مجال المسئولية عن الحوادث الصناعية Industrial Accidents، حيث أصبح مبدأ ترك الضرر يستقر على العمال وحدهم في الأحوال التي لا يخطىء فيها رب العمل أمراً غير مقبول من الناحية السياسية، ورئي لذلك أن رب العمل هو الأقدر على تحمل هذه الأضرار، وأنه يستطيع اتخاذ التدابير اللازمة للتأمين ضدها وإضافة تكلفة هذه التدابير إلى أثمان البضاعة التي ينتجها، وبذا يتحملها في النهاية المستهلكون لهذه البضاعة. وبذلك يتجه التفكير القانوني في تحديد للمقصود من نظام المسئولية التقصيرية إلى أن التعويض بنقل الضرر وتوزيعه على عدد كبير من الناس عن طريق إلزام أقدر الأطراف على تحمله هو الهدف الأساسي للضمان. وتنازع اتجاهات كثيرة مع ذلك - في إلقاء الضمان على الطرف الأقدر على تحمله، وتوجب إلقاء مسئولية الضرر على الطرف المتسبب فيه. وهو ما تتجه إليه مدرسة شيكاغو التي يمثلها الأستاذ Posner.

109 - وليس في المبادىء الشرعية ما يسوغ إلقاء الضرر على الطرف الأقدر على تحمله. ويرتبط هذا الهدف الذي اتخذته شركات التأمين شعاراً لها بطبيعة عملها الذي يتغيا الربح، وهي تفضل لذلك التعامل مع أصحاب المشروعات الضخمة الذين يستطيعون تحمل نفقات التأمين واتخاذ التدابير اللازمة لنقل هذه النفقات إلى الجماهير المستهلكة لإنتاجها. أما الفقه الإسلامي فقد اتخذ تعويض المتضرر هدفاً له من إيجاب الضمان على المتسبب فيه. وفي حدود هذا الهدف ينتقل واجب أداء التعويض من المتسبب فيه إلى عاقلته في الأحوال التي تستوجب هذا النقل، وذلك إذا كان الواجب هو ما فوق الثلث في المذهب المالكي وابتداء من الثلث في المذهب الحنبلي، أو نصف العشر في المذهب الحنفي، خلافاً للشافعي الذي تتحمل العاقلة عنده جميع ما يتعلق بالإصابات البدنية، بلا فرق بين القليل والكثير، لأن من ألزم بالكثير فإلزامه بالقليل من باب أولى[1]. ويتحمل بيت المال الدية إذا لم تكن هناك عاقلة، كما هو الحال الآن في معظم البلاد الإسلامية، في رأي جمهور الفقهاء، خلافاً لرواية عن أبي حنيفة وبعض الحنابلة ممن ذهبوا إلى وجوب الدية في مال القاتل أو الجارح إذا لم تكن له عاقلة[2]. ويفضل المرحوم عبد القادر عودة رأي الجمهور، ويوجب تحميل الدية على بيت المال في ظروفنا المعاصرة التي لا وجود فيها للعواقل القادرة على الوفاء بالدية في أغلب الأحيان. ومع ما فيه من إرهاق للخزانة العامة فيجب ألا يحول ذلك دون تحقيق أغراض الشريعة في تعويض المتضررين ورفع الظلم

(1) مواهب الجليل 265/6، والمغني 505/9، والبدائع 255/7، والمهذب 227/2.
(2) مواهب الجليل 266/6، والمغني 523/9، والبدائع 256/7، والمهذب 228/2.

عنهم، وتستطيع الحكومة (أن تخصص الغرامات التي يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض. وإذا كانت الحكومات العصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى بها أن تلزم نفسها بتعويض المجني عليهم وورثتهم المنكوبين. ولقد أخذت بعض البلاد الأوروبية بهذه الفكرة كألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا. . وهذا الذي أخذت به بعض البلاد الأوروبية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقيق بعض الأغراض التي ترمي الشريعة لتحقيقها)[3].

110 ـ وإذ تحددت صياغة المقصود من شرع الضمان في التعويض على هذا النحو مع الأخذ في الاعتبار بالتأثيرات العملية لتطبيقات هذا الهدف في الواقع، من حيث أداؤه إلى تطييب نفس المتضرر وردع المتسبب في الضرر بمعنى حثه على السلوك القويم وزيادة العناية بحقوق الآخرين والتأثير على قراره فيما يتعلق بإنتاج السلع المعيبة أو القيام بنشاط يعرض غيره للخطر، وذلك بإجباره على أداء ثمن مرتفع لهذا النشاط أو الإنتاج مما يقلل قدرة المنتج على التنافس ويلزمه في النهاية باحترام المصالح الاجتماعية التي أرادها الشارع. وتقدم ملاحظات جويدو السابقة أدوات التحليل الاقتصادي للتأثيرات العملية المتعلقة بإلقاء الضمان على المتسبب في الضرر أو عاقلته أو بيت المال الذي يدخل في مفهوم العاقلة في المذهب الحنفي والذي يراه الجمهور أهلاً لتحمل واجبات العاقلة المالية عند عدمها. وتتنوع هذه الآثار الاقتصادية والاجتماعية تنوعاً يستوجب الاعتراف بفائدته في التحليل العام لأحكام الضمان، فالمجالس البلدية التي تتولى أعمال الحفر في الشوارع لصيانة المرافق المختلفة وإنشائها كثيراً ما تتسبب بإهمالها في الإضرار بالمارّة. ويؤدي عدم مؤاخذة هذه المجالس بأحكام الضمان إلى تقليل تكلفة أعمال هذه المجالس من جهة وإلى حدوث كثيراً من الخسائر المادية والبشرية من جهة أخرى ويرد إلى الذهن أن الزيادة في تكلفة أعمال المجالس البلدية نظير التزامها بالحرص وتقدير مصالح المستفيدين بخدماتها تقل كثيراً عن تكلفة الخسائر المادية والبشرية التي تلحق أفراد المجتمع في النهاية. ويستفيد القضاة في النهاية بهذه التقديرات الواقعية والتحليلات الاقتصادية أثناء تطبيقهم للأحكام الشرعية. كما أن هذه التحليلات سوف تساعدنا كذلك على فهم الأحكام القضائية ومعرفة أسسها العميقة التي تستند إليها. وقد يعد إلقاء الضمان على المجالس البلدية في هذا المثال بخصوصه تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي توجب دفع الضرر الأعم بالأخص.

111 ـ وقد أراد عمر بن الخطاب الاعتماد على الضمان لتحقيق أهداف اجتماعية معينة. وذلك كما في قضية غلمان حاطب بن أبي بلتعة الذين (سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها، فرفع ذلك لعمر بن الخطاب، فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم. ثم

---

(3) التشريع الجنائي الإسلامي 678/1.

قال عمر: أراك تجيعهم ثم قال عمر: والله لأغرمنك غرماً يشق عليك. ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك. فقال المزني: كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم. فقال عمر: أعطه ثمانمائة درهم)[4]. ويعلق الإمام مالك على ذلك بقوله: (وليس على هذا العمل عندنا. ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها)[4]. ومن الواضح أن مالكاً يشير إلى الأصل العام وأن قضاء عمر لا يعارض هذا الأصل باعتباره استثناء منه في الأحوال التي يرى الإمام أنها تقتضيه وأن المصلحة الاجتماعية تستوجب تضعيف الغرم أو التعويض. وبهذا يُعَدُّ الضمان أداة فعالة في تحقيق المصالح الاجتماعية وجلبها وجبر ما فات منها، طبقاً لما ذكره العز بن عبد السلام.

الفرع الثالث: المبادىء الشرعية العامة لضمان العدوان

112 ـ يقوم البناء العام لضمان العدوان على عدد من المبادىء الشرعية التي يعين الوعي بها على تصور هذا البناء. وأهم هذه المبادىء:

1 ـ عموم مسئولية المرء على كل ما يترتب على فعله غير المأذون فيه شرعاً، على اعتبار أن الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه، وإطلاقاً لمبدأ مسئولية المرء عما ارتكبه.

2 ـ عموم الضرر الواجب ضمانه لعموم الضرر المنفي في قوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار.

3 ـ استناد وجوب أداء الضمان إلى معنى التكافل الاجتماعي في الأحوال التي توجبه.

4 ـ نقل عبء إثبات التعدي من المتعدي إلى المتعدى عليه في مواطن التهم.

5 ـ وجوب العناية بحق كل فرد من ماله وبدنه وسمعته.

وإليك توضيح المقصود من هذه المبادىء.

113 ـ عموم المسئولية: أرست الشريعة مبدأ مسئولية كل فرد عن عمله بنصوص القرآن والسنة النبوية فيما سبق التعرض له. وتتنوع الأعمال الموجبة لضمان العدوان تنوعاً يصعب معه حصرها، وإن رجعت إلى معيار عام هو أن يكون الفعل المنشىء للضرر غير مأذون في فعله بأصله، إذا كان محرماً، أو بوصفه كما إذا كان أداؤه للضرر غالباً، أو كان مباحاً وصحبه قصد التعدي أو الإهمال وعدم العناية. ولا يشترط في الفعل الموجب لضمان العدوان أن يكون فعلاً مادياً إيجابياً، فالصدمة العصبية Nervous Shock التي اعتبرتها القوانين الحديثة في هذا القرن موجبة للتعويض من الأفعال التي اعتبرها الفقهاء موجبة للضمان منذ عصر الصحابة،

(4) أوجز المسالك إلى الموطأ مالك للشيخ محمد زكريا الكاندهلوي: 240/12.

يدل على ذلك قضية المرأة التي أرسل إليها عمر بن الخطاب يستدعيها لحضور مجلسه. ففزعت فزعاً شديداً، فكانت تقول في طريقها: ما لي ولعمر حتى أجهضت وماتت. وقد قضى لها عمر بالدية بناء على مشورة علي بن أبي طالب، خلافاً لجمهور الصحابة الذين اعتقدوا أن عمر لم يخطىء في إرساله للمرأة لكونه والياً ومؤدباً وأنه كان يقوم بواجبات وظيفته حين أرسل إلى المرأة من يستدعيها. لكن علياً رد عليهم بأن المرأة ماتت فزعاً من استدعاء الخليفة لها، وكأنه أوجب على الخليفة أن يتلطف في استدعائها، خاصة وأن المرأة حامل، وأن يبين لها سبب هذا الاستدعاء حتى لا يتركها نهباً لهذه الظنون التي أفزعتها على نحو أودى بحياتها[5].

ويوجب الفعل السلبي أو الترك والكف الضمان في الفقه الإسلامي، طبقاً لما سبقت الإشارة إليه. وبهذا تشمل موجبات الضمان كلاً من التعمد والإهمال والمباشرة والتسبب، شريطة ألا يكون الفعل مأذوناً فيه من قبل الشارع. فإذا حفر أحد حفرة في طريق عام، ولم يكن مأذوناً في ذلك، ضمن ما أضره الحفر بالغير. وإذا كان مأذوناً من قبل ولي الأمر بهذا الحفر، لمصلحة تقتضيه، ولم يتخذ ما يلزم لتنبيه المارة من إشارات ضوئية تعلن عن الحفرة حتى يتمكن من توقيها، فإن عليه الضمان كذلك لما صحب فعل الحفر، المباح بالإذن ممن له حق الإذن، من إهمال وتقصير.

114 ـ ولا تتقيد المسئولية بالأضرار المباشرة الناشئة عن الفعل، بل تشمل النتائج الاحتمالية التي تنسب في العادة إلى هذا الفعل غير المأذون فيه. فلا يرفع المسئولية لذلك اعتبار الضرر نتيجة مباشرة لفعل الغير. وتجب المسئولية عن فعل الغير إذا لم يكن هذا الفعل مستقلاً بنفسه في إحداث الضرر، وأمكن إسناد هذا الضرر إلى السبب. وقد عرف الفقه الإسلامي في المسئولية عن فعل الغير صوراً عديدة، منها مسئولية الآمر، ومسئولية شاهد الزور عما يقضي به القاضي، ومسئولية الأستاذ عما يفعله صبي الحرفة، ومسئولية الآجر عما يتلفه أجيره الخاص. ومما أوجبه الفقه الإسلامي كذلك المسئولية عن الآلات والأدوات والحيوانات. والقاعدة العامة لذلك أن أي سلوك مخالف لما أوجبه الشارع من عناية وتبصر يوجب الضمان إذا تسبب هذا السلوك في الإضرار بالغير. وسيأتي توضيحه في مناسبته.

115 ـ ولا يعد الفعل موجباً للضمان إذا كان الفعل مباحاً شرعاً بأصله ووصفه، فالقاعدة أن الإذن ينافي الضمان[6]. ومن تطبيقات ذلك قيام حالة الدفاع الشرعي التي أطلق عليها الفقهاء عنوان دفع الصائل. وفي ذلك يقول مالك (في الجمل يصول على الرجل

(5) المبدع شرح المقنع.
(6) المادة 91 من المجلة العدلية.

فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره أنه إنْ كانت له بينة على أنه أراده وصال عليه فلا غرم عليه، وإن لم تقم له بينة إلا مقالته فهو ضامن للجمل)[7]. وكذلك إذا أراد رجل امرأة على نفسها فلم تستطع دفعه إلا بقتله فلا ضمان عليها[8]. ويختلف ذلك عن حالة الضرورة، فإن المضطر يباح له الأخذ من مال غيره إلى الحد الذي يكفيه لدفع الضرورة، ولكنه يضمن ما يأخذه، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير[9] في منصوص القاعدة الفقهية. ومن تطبيقات منافاة الإذن للضمان كذلك أداء الواجبات الشرعية، فالقاعدة أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة وأن المباح هو الذي يتقيد به.

وتنتفي المسئولية لأمرين آخرين، أولهما: انقطاع نسبة السببية بين الضرر والفعل على النحو الذي يأتي بيانه، والثاني عدم إمكان التحرز عن الضرر، فالقاعدة الفقهية أن ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه.

116 ـ وقد ساعد وضوح مبدأ مسئولية كل شخص عن فعله في الشريعة على اكتشاف الفقه الإسلامي منذ بداية تطوره لمفهوم الإهمال المشترك Contributory Negligence. يدل على ذلك القضية المعروفة في هذا الفقه بقضية القارصة والقامصة والواقصة. ذلك أن ثلاث جوار كنّ يلعبن فركبت إحداهن صاحبتها، فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت المركوبة ووقعت الراكبة فاندق عنقها. فقضى علي رضي الله عنه بثلث الدية على القارصة والثلث على القامصة وأسقط حصة الواقصة[10]. وقد نسب السرخسي لعلي رضي الله عنه أكثر من حكم في قضايا الإهمال المشترك، مما يدل على أنه هو أول من التفت إلى طبيعة هذا النوع من الإهمال.

ويؤكد ذلك مبدأ عموم مسئولية المرء عن نتائج فعله غير المأذون فيه شرعاً، سواء استقل فعله هذا بإحداث الضرر أو أسهم في إيقاعه.

117 ـ عموم الضرر المضمون: توجب الشريعة رفع الضرر مطلقاً لقوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار، وللقاعدة الفقهية المستندة إلى هذا الحديث، وهي: الضرر يزال. ويشمل الضرر المضمون لذلك ما يتعلق بما يلي:

1 ـ أعيان الأموال ومنافعها.

2 ـ الحقوق المالية الأخرى كحقوق الاختصاص والارتفاق.

---

(7) أوجز المسالك إلى موطأ مالك: 243/12، وانظر نيل الأوطار: 6/74-79.

(8) مجمع الضمانات.

(9) المادة 33 من المجلة العدلية.

(10) المبسوط للسرخسي: 16/27.

3 ـ منفعة الآدمي.

4 ـ الحقوق المتعلقة بالجسم الإنساني وسلامته. فالأذى المتعلق بتفويت هذا الجسم أو عضو فيه أو منفعة من منافعه أو تشويهه إضرار موجب للضمان.

وقد تقدمت الإشارة إلى أن الضرر في الحديث للعموم، لكونه نكرة في سياق نفي، وأن الضرر في الحديث المذكور محمول على معناه العرفي الذي يتطابق مع مدلوله اللغوي، نظراً لعدم وجود تعريف شرعي لمعناه، فالقاعدة الأصولية أن اللفظ يحمل على معناه الشرعي أولاً، وإلا حمل على معناه العرفي، وإلا وجب حمله على معناه اللغوي.

118 ـ ولذلك فإنه لا حجة لهذه الآراء الفقهية التي تقيد الأضرار المضمونة بنوع خاص مما يعده الناس ضرراً دون غيره. ولا حجة لمن يتصور من المحدثين بناء على اطلاع قاصر على هذه الآراء المحدودة في الفقه الإسلامي أن الضرر المضمون في هذا الفقه محدود ضيق، وأنه لا يشمل سوى الضرر المتعلق بأعيان الأموال دون منافعها، فضلاً عن تلك الجروح والإصابات التي ليس لها أرش مقدر. وقد وقع صاحب هذا الرأي، وهو الدكتور عبد الرزاق السنهوري، في خطأ مزدوج، من جهة نسبته رأي علماء المذهب الحنفي الذين أخذوا بعدم ضمان المنافع إلى سائر المذاهب الفقهية، برغم أنها اختلفت مع الأحناف في هذا الصدد. ومن جهة أخرى فقد استبعد صاحب هذا الرأي الإصابات والجروح التي قدر لها الشارع جوابرها من بين الأضرار المضمونة على الرغم من أن تقدير التعويض لا ينفي كونه تعويضاً.

وبهذا الاعتبار فإن مفهوم الضرر المضمون في مجموع الآراء الفقهية الأقوى دليلاً مفهوم عام وشامل لكل ما يتأذى به المرء في جسمه ونفسه وماله وحقوقه الأخرى التي كفلها له الشارع. وهذا هو ما أخذ به المشروع المصري للمعاملات المدنية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، الذي جاء في مادته رقم 184 أن (كل تعدٍّ على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يوجب مسئولية المتعدي عن التعويض). وإنما يقدر التعويض فيما نصت عليه المادة 183 من هذا المشروع (بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب).

119 ـ وإذ تتنوع صور الأضرار الناشئة عن التعدي فمن المنطقي أن تختلف صور التعويض الواجبة لجبر هذه الأضرار ورفعها. ويهدف التعويض في ضمان العدوان إلى الرجوع بالمتضرر لحالته التي كان عليها قبل حدوث التعدي، وذلك بجلب المصالح التي كانت متوقعة قبل التعدي وجبر ما فات منها، طبقاً لتعبير العز بن عبد السلام. ويقدر لذلك بقدر الضرر مع مراعاة الظروف الملابسة ومدى إسهام المتضرر فيما لحقه من ضرر، حتى لا يسأل المخطىء إلا عما تسبب فيه.

وعلى ضوء ذلك فإن التعويض يشمل مجرد استرداد الحيازة، كما هو الحال في الغصب، كما يكون التعويض بالحكم بتخلية العين مما يشغلها، كالبناء على العرصة المغصوبة. ومنه كذلك الحكم بالمنع من مزاولة المهنة في مكان معين، كما لو اتخذ حداد حانوتاً في سوق البزازين. ويشمل التعويض كذلك وجوب رد المثل أو القيمة، والوفاء بالديات والأروش المقدرة، ومنه كذلك الوفاء بالأروش غير المقدرة.

120 ـ التكافل الاجتماعي في تحمل الضرر: الذي يتولى الوفاء بالتعويض هو المعتدي نفسه في الأضرار المالية، وفي الأضرار الجسدية التي لم تتجاوز ثلث الدية في المذهب المالكي أو التي تقل عن ثلث الدية في المذهب الحنبلي أو التي تقل عن نصف العشر في المذهب الحنفي. ويعني رفع الضرر في هذه الأحوال نقله وإلقاءه على عاتق المتسبب فيه، لأن (الظالم أحق بالحمل عليهي) في منصوص القاعدة الفقهية. وتتولى العاقلة التعويض في جميع الإصابات البدنية، صغيرها وكبيرها في المذهب الشافعي ونصف عشر الدية أو ما زاد عنه عند الأحناف وثلث الدية عند الحنابلة، وما جاوز الثلث عند المالكية. وتتألف العاقلة عند الأحناف من قرابة العصب وأهل الديوان وبيت المال على الترتيب، على حين تنصرف عند الجمهور إلى القرابات العصبية وإن لم يمنعوا بيت المال من تحمل واجب التعويض إن لم توجد العاقلة، أو وجدت ولم تستطع القيام بهذا الواجب. وفي ذلك لا ينتقل الضرر من المضرور إلى المتعدي، بل إلى أفراد العاقلة أو إلى ميزانية الدولة، على أساس ما يوجبه التعاون والتكافل بين المسلمين، لا على أساس الحمل على الظالم المتسبب في الضرر.

وقد اعترف الفقه الإسلامي بهذين النظامين معاً، دون أن يمنع غيرهما من الظهور. ولذا نشأ نظام آخر يشبه نظام التأمين التعاوني لتحقيق التكافل والتعاون في تحمل الأضرار المالية في مقابل ما تقوم به العاقلة في مجال الأضرار البدنية. ويدل على ظهور هذا النظام في القرن الثامن الهجري قضية تجار البزّ والحاكة. ذلك أن هؤلاء التجار قد اتفقوا فيما بينهم على فرض درهم في كل ثوب يبيعونه، بحيث يوضع ما يجمعونه من ذلك في صندوق خاص لتعويض أي ضرر يحدث لأحدهم. لكن فرض هذا الدرهم قد أدى إلى نقص أعداد المشترين وقلة عدد الأثواب التي يخيطها الحاكة. ولذا رفعوا الأمر إلى القاضي الذي أجاز هذه المعاملة شريطة ألا يجبر عليها أحد من التجار[11]. ويدل قيام هذا النوع من التنظيم التعاقدي الذي يختلف عن العاقلة في طبيعته الاتفاقية على أن الفقه الإسلامي ومبادئه لا تمنع من قيام تنظيمات مماثلة لتوزيع الضرر والتعاون في تحمله. ومن الواضح أن طبيعة

---

(11) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي: 509/2، طبعة المكتبة العلمية بالمدينة المنورة سنة 1397 هـ.

الأضرار التي يتحملها هذا التنظيم إنما تخضع لاتفاق أطراف التعاقد، على نحو يستجيب لأهدافهم من إقامته.

121 - وتتجه التشريعات الحديثة، فيما سلفت الإشارة إليه، إلى تشجيع نزعات التكافل في توزيع الضرر بدلاً من العمل على مجرد نقله من المدعي إلى المدعى عليه. وتتبع هذه التشريعات أحد طريقين: الأول نظام التأمين وفرض الاشتراك في تحمل أعباء التعويض على فئة أو طائفة من الناس تتعرض لخطر مماثل. ومن أهم صور هذا النظام وأكثرها شيوعاً صورة التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات. ويقتضي هذا النوع من التأمين أن يؤدي كل من لديه سيارة مقداراً معيناً من المال بحيث ينفق منه في التعويض عن هذا النوع من الحوادث. والطريق الآخر قيام الدولة نفسها بتحمل أعباء تعويض المصابين بإصابات بدنية من الميزانية العامة مما يؤدي إلى توزيع الأضرار على جميع المواطنين. من ذلك ما قامت به انجلترا عام 1946 حين أخذت بنظام يقضي بأن تتحمل الدولة نفسها عبء التأمين لدى إحدى الشركات، في مقابل الالتزام بتعويض المصابين في تلك الظروف التي لا يمكن فيها التعرف على السيارة المتسببة في هذا الحادث، أو استخلاص واجب التعويض من قائدها[12]. ويجب تقدير الدور التاريخي للعاقلة في ضوء هذه المحاولات التشريعية الرامية إلى تحقيق نوع من التعاون في تحمل الأضرار البدنية، بصفة خاصة، نظراً لطبيعة هذه الأضرار واهتمام القوانين بالتعويض عنها، حتى (لا يُطَلُّ دم في الإسلام).

122 - عبء الإثبات: سبب الضمان هو التعدي المنشىء للضرر، ولا يجب الضمان لهذا إلا إذا أثبت المدعي خطأ المدعى عليه، لأن الأصل براءة ذمته من الالتزام بالتعويض، ولقوله ﷺ: البينة على المدعى واليمين على من أنكر، ولأن القاعدة الفقهية أن اليقين لا يزول بالشك، ولأن تكليف المدعى عليه بنفي خطئه متعذر ويؤدي إلى فتح باب النزاع والجرأة على الأبرياء.

غير أن طرد ذلك في موضوع الضمان يورث الغبن وأكل أموال الناس بالباطل في كثير من الظروف التي يتعذر فيها قيام المدعي بإثبات خطأ المدعى عليه أو تعديه. وذلك كالأموال التي يعطيها أربابها لأصحاب الحرف والصناعات، و تغيب عندهم أياماً، لا يدري أربابها شيئاً عنها. فإذا جاء الصانع وادعى ضياعها أو تلفها أو سرقتها أو احتراقها بسبب لا يد له فيه فليس لرب المال حيلة في التعرف على الظروف الحقيقية التي ضاعت فيها أمواله أو إثبات خلاف ما يقوله الصانع. ومن شأن ذلك اهتزاز الثقة في هؤلاء الصناع مع الحاجة إليهم، الأمر الذي يوقع في الإعنات والحرج، ويضر بالمصالح الاقتصادية العامة. ولمواجهة هذا الموقف ذهب بعض كبار الصحابة إلى افتراض تعدي هؤلاء الصناع فيما

(12) Tort Law. Dias and Markesinis P. 30.

يدّعون هلاكه أو ضياعه بغير فعلهم، وخاصة إذا كانت الأموال المدفوعة إليهم مما يمكن تغييبه أو إخفاؤه. وذلك لمكان التهمة. وقد ذهب إلى هذا الرأي كل من عمر وعلي بن أبي طالب[13].

123 ـ وقد انتقل مبدأ افتراض خطأ الصناع إلى دائرة أوسع، هي دائرة الأجير المشترك. وأفتى كثير من الفقهاء بتضمينه، إلا إذا ثبت أن هلاك المال المدعي ضمانه كان بسبب لا يمكنه التحرز عنه. ويدخل في الأجير المشترك كل من انتصب لعمل عام يتلقى عليه أجراً، كالطبيب والمحامي والناقل والصانع والمقاول والكواء والخياط والميكانيكي. والتفريق بين الأجير المشترك وبين الأجير الخاص في الضمان، والحكم على الأول بوجوبه إلا إذا وسعه نفي خطئه وتعديه إنما هو لمكان المصلحة وحفظ حقوق المتعاملين معهم، كما نص عليه ابن رشد والقرافي وقد اختلف النقل عن الشافعي، فروي عنه في المهذب أنه كان لا يرى تضمين الأجير المشترك، ولكنه كان لا يفتي برأيه هذا، لفساد الناس[14].

وقد أخذ فقهاء المالكية بالتضمين للتهمة في غير مجال الصناع والأجراء المشتركين على أساس النظر إلى المصلحة كذلك. من ذلك أنهم أوجبوا ضمان الرهن على المرتهن إذا ادعى هلاكه وكان مما يمكن تغييبه وإخفاؤه كالحلي والثياب، وذلك لمكان التهمة. ويلتحق به ما يجري مجراه من كل ما يثير التهم، ففي حاشية الدسوقي: (واعلم أن مثل الرهن في التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه باب العواري وضمان الصناع والمبيع بخيار ونفقة المحضون إذا دفعت للحاضن والصداق إذا دفع للمرأة وحصل فسخ أو طلاق قبل الدخول وما بيد الورثة إذا طرأ دين أو وارث آخر والمشترى من غاصب ولم يعلم بغصبه والسلعة المحبوسة للثمن أو للإشهاد)[15].

وافتراض الخلل أو التعدي في مواطن التهم المذكورة عند المالكية افتراض يقبل إثبات العكس، ولذا يستطيع المدين نفي التهمة عن نفسه بإقامة البينة على أن التلف كان بسبب لا دخل له فيه، كحريق غالب أو لص مغالب أو غير ذلك مما لا يمكن توقيه والاحتراز عنه. وإنما يندفع الضمان بإقامة البينة على أن التلف أو الهلاك لا يضاف إلى فعل المدعى عليه أو خطئه (لأن الضمان هنا ضمان تهمة، وهي تنتفي بإقامة البينة)[15]، طبقاً لما ذكره الدسوقي.

124 ـ وإنما قصد القائلون بضمان الصناع والأجراء المشتركين وغيرهم ممن يترجح

---

(13) بداية المجتهد: 174/2 ط لاهور.

(14) المهذب لأبي إسحاق الشيرازي: 408/1.

(15) حاشية الدسوقي 254/3.

اتهامهم بالتعدي والخطأ إلى إقامة العدل بين أطراف التعاقد ورعاية المصالح المعتبرة لأصحاب المال. ولذلك يطلق عدد من الفقهاء على هذا النوع من الضمان مصطلح «الضمان للمصلحة»، ويسميه المالكية أحياناً «الضمان للتهمة» ويطلق عليه بعض فقهاء الأحناف مصطلح «التضمين للسياسة»[16]. ولا يخفى أن المقصود من هذه التسميات هو الإشارة إلى أن تخفيف عبء الإثبات ونقله إلى المدعى عليه قد اقتضته المصالح الاجتماعية. ومن الواضح أن هذا الأسلوب الإجرائي في تحقيق المصالح الاجتماعية لا ينال من الأسس الموضوعية القاضية باعتبار الأجير المشترك أو الصانع أميناً لا يضمن إلا بالتعدي ولهذا ينتفي عنه الضمان إذا أثبت عدم خطئه.

125 ـ ومن الواضح أن أسلوب نقل عبء الإثبات قد أقدر الفقه الإسلامي على الاستجابة للظروف الاجتماعية والاقتصادية التي شهدها تطور حياة المسلمين منذ عهودهم الأولى. وها هي ذي القوانين الحديثة تلجأ إلى هذا الأسلوب نفسه استجابة لظروف التطور في القرن الأخير. ذلك أن ظهور المؤسسات الصناعية الضخمة وتعارض مصالح أصحاب الأعمال مع مصالح عمالهم وضعف الأخيرين في أية مواجهة مع هذه القوى الاقتصادية الضخمة قد أبرز أن تكليف المدعي بإثبات خطأ المدعى عليه أمر لا يؤدي إلا إلى ضياع حقوق المدعي. ولذلك اتجهت القوانين إلى الأخذ بنظرية الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس أحياناً أو الذي لا يقبل إثبات العكس في أحيان أخرى. وتقوم مسئولية أصحاب الأعمال عن عمالهم ومسئولية حارس البناء والأشياء على مبدأ الخطأ المفترض، وإن أمكن دفع هذا الخطأ أحياناً بإثبات أن الضرر لا يرجع إلى خطأ المدعى عليه، كما في مسئولية الحارس للبناء والحيوان[17].

ويدل ذلك بوضوح على حقيقتين لازمتين لفهم نظرية الضمان في الفقه الإسلامي:

أولاهما: سبق الفقه الإسلامي غيره من القوانين الحديثة في التعبير عن مفهوم افتراض الخطأ ونقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه، لمكان التهمة ولحفظ الأموال والحقوق.

والأخرى: أن من الممكن الاستفادة بهذا المفهوم في تحقيق المصالح التي جدت في ظروف الحياة الحديثة للحفاظ على حقوق المدعين الذين يعملون في مجال الصناعة والذين لا يمكنهم إثبات تعدي أصحاب الأعمال وتسببهم فيما لحقهم من ضرر. ويستند تطبيق الخطأ المفترض في المجالات الجديدة إلى عموم نفي الضرر وإلى مسئولية المرء عما يتسبب فيه فعله من إضرار بغيره.

(16) معين الحكام للطرابلسي ص 200 .

(17) المسئولية المدنية للمستشار حسين عامر وزميله ص 479.

126 ـ واجب العناية: أوجب الشارع رعاية حقوق الأهل والأقارب والجيران والمسلمين وأهل الذمة بنصوص شرعية عديدة سلفت الإشارة إلى بعضها. ومن أجمع ما جاء في ذلك قوله ﷺ: (ظهر المؤمن حمى إلا في حد أو حق) وقوله ﷺ في خطبة الوداع: «إن الله تعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا». وقد عبرت عن هذا المعنى نفسه القواعد الفقهية التالية:

- من ترك واجباً في الصون ضمن.
- على اليد ما أخذت حتى ترده.
- لا يطل دم في الإسلام.
- ليس لأحد أن يتصرف في مال غيره بدون إذن منه.
- الضرر يزال.
- الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به.

وبهذا فإن الشارع قد حرم الإضرار بالغير، وأوجب الضمان بالسلوك مسلكاً مخالفاً لما أوجبه من احترام حقوق الآخرين وعدم الإضرار بهم. ويعني ذلك أن الشارع يوجب على الناس أن يتقيدوا في سلوكهم بما أوجبه من عدم الإضرار بغيرهم. وهو بهذا يحرم عليهم تعمد الإضرار بهذا الغير أو عدم اتخاذ الحيطة اللازمة لمنع الإضرار. وقد اعتبر الفقهاء التقصير والإهمال من أسباب الضمان وموجباته. ولا معنى للإهمال إلا النقص والتقصير في بذل العناية عن المستوى الذي أراده الشارع.

127 ـ ومعيار العناية الواجبة التي يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها معيار موضوعي هو «السلوك المعتاد» والمألوف بين الناس في البيئة الاجتماعية. فإذا قصر المودع في حفظ الوديعة عما يحفظ به الناس أموالهم ضمن[18]. وفي مجمع الضمانات أن المستأجر إذا كبح الدابة بلجامها فعطبت لا يضمن عند أبي يوسف ومحمد (إذا فعل فعلاً متعارفاً)، ويضمن اتفاقاً بضرب الدابة (ضرباً غير معتاد). والخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في الضرب المعتاد بغير إذن صاحب الدابة، فأبو حنيفة يوجب الضمان به خلافاً للصاحبين[19]. ولو اسود البيت المستأجر بالسراج أو بإيقاد النار لا يضمن إذا لم يجاوز المعتاد[20]. وكذلك لا يضمن الفصّاد والحجّام والبزاغ والختّان إذا لم يجاوزوا المعتاد[21]. وفي (صبي ابن ثلاث سنين وحق الحضانة للأم، فخرجت وتركت الصبي فوقع في النار

---

(18) مجمع الضمانات: 17, 18, 22.

(19) مجمع الضمانات: 13.

(20) السابق: 24.

(21) السابق: 47.

تضمن الأم. وفي امرأة تصرع أحياناً، فتحتاج إلى حفظها لئلا تقع في ماء أو نار، وهي في منزل الزوج، فعليه حفظها. ويضمن إذا ألقت نفسها أثناء الصرع في ماء أو نار. وكذا الصغيرة التي تحتاج إلى الحفظ[22]. وفي المودع إذا ربط سلسلة على باب خزانته في خان بحبل ولم يقفله، فخرج فسرقت وديعته، قالوا: إن عد هذا إغفالاً وإهمالاً كان ضامناً وإلا فلا[23]. ويتضح من هذا كله أن العبرة في قياس السلوك بالرجوع إلى المعتاد بين الناس بحيث يعد أي انحراف عنه أو خروج عليه تعدياً يوجب الضمان. أما السلوك الموافق للمعتاد المألوف بين الناس فلا يعد من التعدي، ولا يجب ضمان ما ينشأ عنه، لكونه مأذوناً فيه شرعاً.

128 ـ ويختلف حد العناية المعتادة باختلاف الظروف؛ فمن حفر حفرة في صحراء لم يجب عليه ما يجب على الحافر في مدينة. وعلى من يوقد النار وقت اشتداد الريح أن يبذل غاية ما في وسعه لتجنب انتقال النار إلى أرض جاره، ولو انتقلت النار ضمن، بخلاف ما لو أوقدها وقت هدوء الريح فإنه لا يضمن إلا إذا جاوز المعتاد[24]. ويجب في العناية بالحيوانات العادية ما يزيد عن الواجب في العناية بالحيوانات الأليفة، حسبما يأتي توضيحه. وتختلف العناية الواجبة على الطبيب باختلاف المريض والجرح والتقدم العلمي حسبما تفيده فتوى الحلواني. وواقعة الفتوى أن صبية سقطت من سطح (فانتفخ رأسها، فقال كثير من الجراحين: إن شققتم رأسها تموت. وقال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وأبرئها. فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين). وقد سئل الحلواني عن ذلك، (فتأمل ملياً ثم قال: لا يضمن إن كان الشق بإذن، وكان معتاداً، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم. فقيل له: إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها. فقال ذلك لا يوقف عليه، فاعتبر نفس الإذن. قيل له: فلو كان قال هذا الجراح إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن، هل يضمن؟ قال لا)[25].

ولا يلتزم الطبيب إذا أذن له المريض أو من له حق الإذن إلا بالمعتاد واتباع أصول المهنة. ولا يضمن إلا بمخالفة ذلك. ومن الطبيعي أن يختلف الواجب عليه باختلاف خبرته ودرجة التطور في فنون الطب. ويتضمن معيار المعتاد المألوف هذا المعنى أما التزام الطبيب بالشفاء والبرء فهو التزام بما ليس في الطاقة، ولا يكون سبباً لإيجاب الضمان، طبقاً لما أفتى به الفقيه الحنفي الحلواني.

129 ـ ومؤيدات الرجوع إلى العرف في تقدير ما يعد من الإهمال أو التقصير وما لا

---

(22) معين الحكام للطرابلسي ص 207.

(23) مجمع الضمانات: 75 وتبصرة الحكام 352/2، 355.

(24) مجمع الضمانات: 160.

(25) مجمع الضمانات: 48 وحاشية الطحاوي 276/4.

يعد كثيرة، من بينها القواعد الفقهية التالية:

- «الأحكام الشرعية غير مبنية' على الحقائق العقلية، بل على الاعتقادات العرفية»[26].

- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان».

- «الثابت بالعرف كالثابت بالنص، «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، «والعادة محكمة»، «واستعمال الناس حجة يجب العمل بها».

ومن جهة المعقول فإنما كانت عوائد الناس وأعرافهم محكمة في ذلك، لأنها هي التي تضبط السلوك الواجب في الظروف المختلفة وتمثل خبرة الأجيال المتعاقبة في التوفيق بين المصالح المتنوعة لأفراد المجتمع. وإنما يحرص الناس على اتباع ما ألفوه فيما لا يعارض نصاً شرعياً، لأنهم قد ثبت لهم من طول تجربة وتتابع استقراء أنه لا ينشىء ضرراً ولا مفسدة، فإنهم بمجموعهم ينفرون من الضرر ويسعون إلى تحصيل ما يصلحهم بحكم الفطرة المودعة فيهم. ويرقى مثل هذا التعود إلى أن يكون نوعاً من الاتفاق الضمني بين أفراد المجتمع على عدم مجاوزته.

130 - ويتفق المعيار الفقهي (السلوك المعتاد) مع نظيره الذي تبناه القانون الانجليزي بعنوان: Reassonable Man[27] أو سلوك الرجل العاقل، كما يتفق مع ما أخذ به القانون الفرنسي، وترجم إلى اللغة العربية بعنوان الرجل المعتاد والرجل الحريص[28]. أما مبدأ واجب العناية فلم يصل القانون الانجليزي إلى تحديده في قاعدة عامة إلا في العقدين الأخيرين على الرغم من أهميته البالغة في بناء النظام العام للضمان. وقد تكفل اللورد أتكن Lord Atkin بصياغة هذا المبدأ على أساس القاعدة الخلقية المستمدة من ديانته المسيحية: (أحبب جارك). وعبارته في ذلك: (إذا كان لا بد من إيجاد مفهوم عام يحكم العلاقات على أساس من واجب التحوط والعناية لضبط وقائع الإهمال وصوره المتنوعة في إطار واحد يجمعها فإن من اللازم أن نستند إلى الواجب الخلقي الذي يقضي بأن عليك أن تحب جارك، بحيث يعني في صياغته القانونية: أن عليك ألا تؤذيه وأن تبذل العناية المعتادة أو المعقولة Reasonable Care في أفعالك وتروكك على السواء كيلا توقع الضرر بهذا الجار. أما مفهوم الجار فينبغي أن يشمل الأشخاص الذين يتأثرون بأفعالك، ممن يلزم أن تضعهم في اعتبارك عند تحريك قصدك إلى هذه الأفعال)[29].

(26) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول ص 226.

(27) Tort Law, Dias and Markesinis P. 40, 56.

(28) الوسيط للسنهوري 799/1.

(29) Tort Law, by Dias and Markesinis, P. 41.

ومن الواضح أن هذا المبدأ الذي استعاره «أتكن» من الأخلاق المسيحية على نحو لا يخلو من التكلف يقابله في الفقه الإسلامي قاعدة نفي الضرر المستمدة من قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار».. ومع ذلك فإن القاعدة الفقهية أوضح في الصياغة وأدنى إلى الصنعة القانونية من هذا المبدأ المستعار، حتى بعد إعادة تفسيره على النحو الذي كفل له صفة الإلزام والشمول.

ومن المثير للدهشة والتأمل أن يشير أحد الكاتبين المحدثين إلى سذاجة نظام الضمان الفقهي إذا ما قورن بنظيره في القانون الانجليزي، بناء على ما ادعاه من أن النظام الفقهي لم يعرف هذا المبدأ العام القاضي بوجوب الرعاية على النحو الذي تجده في القانون الانجليزي. وتكفي الإشارة إلى قاعدة (من ترك واجباً في الصون ضمن) لنفي هذا الادعاء ودحضه.

131 ـ إجمال: والخلاصة أن هذه المبادىء الخمسة (عموم المسئولية ـ عموم الضرر المضمون ـ التكافل في تحمل الضرر في الظروف التي تقتضيه ـ تخفيف عبء الإثبات لمكان التهمة ـ وجوب العناية بحق كل فرد في ماله وبدنه وسمعته) قد حملت التطبيقات الفقهية في ضمان العدوان إلى مناطق لم يرتدها تفكير قانوني آخر قبل الفقه الإسلامي. ويستطيع الفقه الإسلامي بهذه المبادىء أن يضبط سلوك الناس وأنشطتهم في الظروف الاجتماعية المعاصرة. وإذا كان هذا الفقه قد لحقه من الظلم ما لم يلحق بأي تفكير قانوني آخر، وذلك بإهمال مبادئه وتشويهها وعدم فهمها وإبعادها عن التطبيق العملي منذ بداية الاحتلال الأجنبي للبلاد الإسلامية، فإن من العار على الأمة الإسلامية أن يستمر هذا الظلم.

الفصل الثاني

أركان ضمان العدوان

132 - تقديم: الأركان جمع ركن، وهو جزء الشيء الداخل في حقيقته وماهيته، بحيث لا يتم تصوره بدونه. وذلك كالقيام أو الركوع أو السجود في الصلاة، فكل واحد من هذه الأفعال ركن فيها، بحيث يعد جزءاً من حقيقتها، ولا يتحقق وجودها الشرعي بدونه. أما الشرط فيتوقف وجود المشروط على وجوده، كالركن في هذا، ولكنه أمر خارج عن حقيقته. وذلك كالوضوء، فإنه شرط لصحة الصلاة، إذ لا وجود لها بدونه، وإن لم يدخل في حقيقتها، ولا يعد جزءاً منها. وحضور الشاهدين شرط في صحة النكاح، ولكنه أمر خارج عن حقيقة العقد، بخلاف الإيجاب والقبول، فإنهما ركنا العقد الذي لا يتم تصوره بدونه[1].

والمقصود بأركان الضمان الناشيء عن العدوان أجزاؤه التي لا وجود لهذا النوع من الضمان بدونها، وهي الخطأ أو التعدي والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وإنما اعتبرت هذه المعاني أركاناً لضمان العدوان لدخولها في حقيقته ولتوقف وجوده على وجودها، فإن ضمان العدوان يعني المسئولية الناشئة عن التعدي، ولا يتحقق تصور هذه المسئولية إلا إذا وجد التعدي المنشيء للضرر.

وقد تعرض الفقهاء لهذه الأركان على نحو يفتقر إلى الترتيب ويتسم بتشتت المعالجة وتوزعها في أماكن متفرقة من كتب الفروع والقواعد الفقهية والأصول، على الرغم من وضوح هذه الأركان في أذهانهم عند تعرضهم لأحكام الجزئيات والفروع الفقهية. ويرجع السبب في ذلك إلى طريقتهم الخاصة في التأليف، تلك التي تختلف عن الطريقة المألوفة لنا في العصر الحديث. وفيما يلي بحث هذه الأركان وما يتعلق بها من أحكام، بالنظر في الخطأ ثم الضرر ثم السببية.

---

(1) التوضيح: 694/2.

المبحث الأول: الخطأ

133 ـ تقسيم: تتنوع الأفعال الموجبة للضمان تنوعاً يستعصي على الحصر، وإن اشتركت هذه الأفعال في كونها أفعالاً غير مشروعة أو أخطاء أو تعديات Delicts,Torts, Wrongs. غير أن الصناعة القانونية تقتضي تقسيم هذه التعديات إلى أنواع لتيسير ضبطها وتحديد مسئولية فاعليها من الناحية العملية. وتتنوع التقسيمات الواردة في هذا الصدد بتنوع الأهداف منها والأسس التي تقوم عليها. وتنقسم هذه الأفعال بالنظر لنية الفاعل وقصده إلى أخطاء عمدية Intekntional Torts وإلى أخطاء تقصيرية ترجع إلى الإهمال Negligence.

ويجري تقسيم الأخطاء غير العمدية في الفقه الإسلامي إلى نوعين: أولهما الخطأ والثاني ما جرى مجراه. ويفرقهما أن الفعل في الخطأ مقصود لفاعله وإن لم يقصد النتيجة التي تولدت عن هذا الفعل، على حين أن كلا من الفعل ونتيجته غير مقصودين للفاعل فيما جرى مجرى الخطأ. ومن الواضح أن الخطأ العمدي بالغ الخطورة، ولذا تطلق عليه القوانين الغربية المستمدة من القانون الفرنسي مصطلح: الخطأ الذي لا يغتفر. ويعرفه الشراح بأنه الفعل الذي يتجه إليه قصد فاعله مع تقديره لما يترتب عليه من نتائج، شريطة ألا يحفز إلى هذا الفعل حافز من ضرورة أو منفعة أو توجيه السلطات المختصة[2]. ويليه في الخطورة والجسامة كل من الخطأ وما يجري مجراه على التوالي.

134 ـ ويجري المؤلفون في قانون الضمان الإنجليزي على تقسيم التعديات بالنظر إلى نية الفاعل وموضوع التعدي على النحو التالي:

(أ) التعدي على الأشخاص Torts to Persons: ويشمل ذلك التعدي على جسم الإنسان وسمعته وعلاقاته الأسرية. وقد يتخذ هذا التعدي إحدى الصور التالية:

ـ التهديد Assult.

ـ إذهاب منفعة عضو من الأعضاء اللازمة لدفاع المرء عن نفسه، وهي الأطراف أو إنقاص منفعتها، وهذا هو Mayhem.

ـ حبس الشخص وتقييد حركته بغير حق False Imprisonment.

ـ الإيذاء المنطوي على اللجوء إلى العنف Battery.

ـ التعدي على الشرف والسمعة بكتابة ما يروج وينشر بين الناس ويبقي فترة Libel أو بمجرد التلفظ بما ينال من المكانة Slander.

(ب) التعدي على العقارات Torts to Land. ويتخذ هذا النوع من التعدي إحدى الصور الآتية:

(2) المسئولية المدنية لحسين عامر وزميله ص 148.

- الدخول إلى أرض الغير دون حق Illegal Entry.
- البقاء فيها Remaining on the land أو شغلها بوضع أشياء بغير حق.

- تجاوز المأذون له بالدخول حدود الإذن، مما يؤدي إلى اعتباره متعدياً منذ بداية دخوله Trespass ab initio.

- التعدي على حقوق الارتفاق التي تيسر الانتفاع بالعقار Natural Rights and Easments.

- الاستيلاء على العقار وشغله وطرد صاحبه منه.

(جـ) التعدي على المنقولات Torts to Goods. وذلك بارتكاب أحد الأفعال التالية:

- الإتلاف لمال الغير بفعل مباشر Trespass to Goods.

- مجاوزة إذن المالك في حيازة المنقولات التي استندت حيازتها إلى إذنه Trespass ab initio.

- حبس منقولات الغير والحيلولة بينه وبين حيازتها detention مما يعد تدخلاً في الحيازة لا في الملك.

- غصب المنقولات والتصرف فيها تصرف الملاك Conversion.

(د) الإهمال negligence، وهو السلوك مسلكاً مخالفاً لما يوجبه الحرص والتبصر.

(هـ) الدعوى الكيدية Malicious Abuse of Legal Process،وهي من صور السعاية في الفقه الإسلامي. وتثبت كيدية الدعوى بصدور الحكم لصالح المدعى عليه في نزاع قضائي ليس له ما يبرره. ويضمن المدعي الذي بدأ مثل هذه الدعوى دون مبرر باعتباره متعدياً.

(و) الإخبار الكاذب الضار Injurious Falsehood. ويشمل ما يلي:

- الغش والتدليس والغرور Fraud and Deciet.
- الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بالملكية أو الحيازة Slander of Title.

- الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بالسمعة التجارية Trade Libel، وكذا فيما يتعلق بحقوق الطبع والنشر Copy Rights أو العلامة التجارية Trade Mark.

135 - ويجري هذا التقسيم للأفعال غير المشروعة بالنظر إلى طبيعتها ونية فاعليها ومحل التعدي فيها مع لحظ نوع الضرر وعلاقته بهذه الأفعال من حيث المباشرة أو التسبب.

ومن جهة أخرى فإن هذا التقسيم يتفق مع مراحل التطور التي عرفها القانون الإنجليزي، فقد اعترف القانون منذ القرن الثالث عشر الميلادي بالمسئولية في التعدي المصحوب بالعنف إذا نشأ عنه ضرر مباشر للغير في ماله أو بدنه، على حين تأخر اعتراف هذا القانون بالإهمال سبباً لقيام المسئولية إلى ما بعد ذلك بقرون عديدة، فناسب هذا التأخر إفراده عند التناول لتوضيح ظروف نشأته التاريخية والمبادىء الخاصة التي تحكمه. ولعل هذا هو السبب في افتقار هذا التقسيم إلى الدقة المنطقية والإحكام النظري، وخاصة إذا ما قورن بالتقسيم الفقهي.

136 ـ أما التقسيم الذي اتبعه الفقهاء المسلمون لموجبات الضمان وأفعاله فقد أوضحه القرافي بقوله: (اعلم أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها «أحدها» العدوان بالمباشرة كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إتلاف المتمولات؛ فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان، إما المثل إن كان مثلياً أو القيمة إن كان مقوماً أو غير ذلك من الجوابر. «ثانيها» التسبب للإتلاف، كحفر البئر في طريق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، أو في أرضه، لكن حفرها لهذا الغرض، وكوقد النار قريباً من الزرع أو الأندر (الجرين) فتعدو فتحرق ما جاورها[3]. وكرمي ما يزلق الناس في الطرقات فيعطب بذلك حيوان أو غيره. وكالكلمة الباطلة[4] عند ظالم إغراء على مال إنسان، فإن الظالم إذا أخذ المال بذلك السبب من الكلام ضمنه المتكلم، وكتقطيع الوثيقة المتضمنة للحق والشهادة به فيضيع الحق بسبب تقطيعها فيضمن عند مالك ذلك الحق لتسببه فيه. وعند الشافعي يضمن ثمن الورقة خاصة فاعتبر الإتلاف دون السبب، ومالك اعتبرهما معاً، ورأى أنه أتلف الورقة بالمباشرة للإتلاف وأتلف الحق بالتسبب، فرتب على الوجهين مقتضاهما. وكمن مر على حبالة فوجد فيها صيداً يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات يضمنه عند مالك، لأن صون مال المسلم واجب، ومن ترك واجباً في الصون ضمن. وكذلك إذا مر بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها. وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها.

(وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة منها متفق عليه، ومنها مختلف فيه. لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان. «ثالثها» وضع اليد التي ليست بمؤتمنة. وقولي ليست بمؤتمنة خير من قولي اليد العادية، فإن اليد العادية تختص بالسراق والغصاب ونحوهم. وتبقى من الأيدي الموجبة للضمان قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك كقبض المبيع.. بيعاً فاسداً، وكقبض العواري والرهون التي يغاب عليها كالحلي

(3) لاحظ أن المبدأ عند الجمهور هو أن تصرف الإنسان في ملكه مقيد بعدم الإضرار بغيره.

(4) قارن ذلك بمفهوم Injurious Falsehood في القانون الانجليزي.

والسلاح وأنواع العروض.. فهذه الأسباب الثلاثة هي أسباب الضمان)[5]، وهي المباشرة والتسبب والإتلاف. ويتميز هذا التقسيم باستيعاب الأفعال الموجبة للضمان وبوضوحه من الناحية المنطقية، وهو لهذا أولى بالقبول.

137 ـ ويجب مع ذلك النظر إلى طبيعة الأفعال الموجبة للضمان لاستخلاص سماتها المميزة لها، ومعانيها الدالة عليها. ويتبين من النظر إلى هذه الأفعال أنها أفعال غير مشروعة تخالف مأذون الشرع، إما بترك واجب أو ارتكاب فعل محرم أو بالتقصير في النظر المأمور به شرعاً في فعل المباحات. ومن الواضح أن الأفعال بهذا المعنى تشمل التروك كذلك. ولا يشترط في هذه الأفعال القصد إلى نتائجها، إذ المفترض أن يتوقع الشخص العاقل نتيجة أفعاله. والقاعدة الفقهية أن الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه[6]. ومع ذلك فإن التعمد وقصد الإضرار من الأسباب التي قد توجب المسئولية. وهل يشترط توقع الضرر لقيام المسئولية؟ وما معنى رفع الخطأ والنسيان في الشريعة مع وجوب الضمان بهما؟ وإذا كان تعريف الخطأ أو التعدي بأنه السلوك على خلاف مأذون الشارع لا يفصح عن مضمونه فإن تحري الإجابة عن هذه الأسئلة من شأنه أن ييسر صياغة معيار عام لضبط ما يوجب الضمان وما لا يوجبه.

138 ـ التعمد والقصد Intention: لا يشترط تعمد الفعل والضرر أو تعمد الفعل وحده دون الضرر لإيجاب الضمان، إذ الحكم بالضمان من قبيل خطاب الوضع الذي يترتب على سببه، وهو ارتكاب فعل لم يأذن به الشارع، لكونه على خلاف الواجب، أو لحرمته، لما صحبه من إهمال وتقصير في النظر المأمور به شرعاً. وبهذا فإن سبب الحكم بالضمان هو وقوع حادثة مادية (من فعل أو ترك) اعتبرها الشارع من قبيل الخطأ أو العدوان الموجب للضمان، دون نظر إلى قصد الفاعل أو نيته أو الباعث Motive الدافع له على ارتكاب هذا الفعل. وبهذا فإن معيار التعدي لا يتعلق بالقصد والنية أو الباعث، وإنما يتعلق بالفعل ذاته، وما فيه من مخالفة لما ألزم به الشارع، وهو بهذا الاعتبار معيار موضوعي لا ذاتي. ويتضح هذا بالأمثلة التالية:

ـ رمى سهماً إلى هدف في ملكه أو في غير ملكه فأصاب إنساناً كان واقفاً ضمن الرامي سواء قصد الإصابة أو لم يقصد[7]. ولو أصابه بمقذوف ناري فكذلك.

ـ ولو انقلب النائم على آخر إلى جواره أو وقع عليه ضمن على الرغم من انتفاء قصده لإهماله وعدم تحرزه[7].

(5) الفروق للقرافي 2/ 206 وانظر المعنى نفسه في 4/27-33.

(6) الأشباه والنظائر للسيوطي: 141 والمنثور في القواعد للزركشي: 2/176.

(7) مجمع الضمانات: 165.

ـ لو أوقد ناراً في أرضه أو داره فسرت إلى أرض الجار أو داره ضمن[8].

ـ لو ضرب حداد على (حديد محمّى، فانتزعت شرارة من ضربه، فوقعت على ثوب رجل يمر في الطريق فأحرقت ثوبه ضمن الحداد. وذكر الناطفي: حداد يجلس في دكان اتخذ في حانوته كيراً يعمل به، والحانوت إلى جانب طريق العامة، فأوقد الحداد كيره ناراً على حديد له، ثم أخرج حديدة.. وطرقها بمطرقة، فتطاير ما يتطاير من الحديدة المحمّاة، وخرج ذلك من حانوته وقتل رجلاً، أو فقأ عين رحل أو أحرق ثوب إنسان أو قتل دابته كان ضمان ما تلف بذلك من المال والدابة في مال الحداد، ودية القتيل والعين تكون على عاقلته، لأن ما طار من دق الحديد وضربه فهو كجنايته بيده لا عن قصده)[8].

139 ـ ويختلف الخطأ الموجب للضمان عن الخطأ الموجب للمسئولية الجنائية وعن الخطأ الخلقي الذي يترتب عليه الإثم، فالنائم لم يخطىء من الناحية الخلقية ولا يأثم بانقلابه أو وقوعه برغم أن الضمان واجب عليه. وكذلك الحداد الذي تطايرت الشرارة بدقه. أما من يرخص في سلعته قصداً إلى إحداث الضرر بتاجر آخر يبيعها فإنه آثم بهذا القصد ويعد متعدياً بهذه النية، مع أنه لا يجب عليه الضمان عند الجمهور.

ويتعلق بعدم اشتراط القصد والنية لوجوب الضمان الإجماع على وجوب الضمان بتعدي الصبي والمجنون والناسي والنائم والغافل، بناء على كون الحكم بالضمان (من قبيل ربط الأحكام بالأسباب. وذلك مما لا ينكر)[9] بتعبير الإمام الغزالي. والأهلية التي تشترط للحكم بالضمان هي أهلية الوجوب. ولذا يجب الضمان في ذمة الصبي والمجنون ومن في حكمهما ممن فقدوا أهلية الأداء، على اعتبار أنهم ملزمون بما (يتعلق بحقوق العباد من الغرامات والتعويضات لأن المقصود هو المال، وأداؤه مما يحتمل النيابة)[10]. غير أنه لا يجب عليهم ما يتعلق بحقوق الله تعالى من العقوبات كالقصاص ولا الأجزية كحرمان الميراث بالقتل[10]، لأن أفعالهم ليست جنايات، للنقص في القصد والنية أو الجانب المعنوي للجريمة.

140 ـ وعلى الرغم من وضوح اعتبار الخطأ والاهمال والتقصير في وجوب الضمان فقد أخطأ القائمون على مجلة الأحكام العدلية خطأ جوهرياً في فهم الأصول العامة للضمان، حين نصوا على اشتراط التعمد في التسبب لإيجاب الضمان. فقد جاء في المادة (92) من هذه المجلة أن (المباشر ضامن وإن لم يتعمد)، وفي المادة (93) أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد). ويفيد الحصر بالنفي وإلا في المادة الأخيرة أن المتسبب لا يضمن إلا

(8) السابق: 161.

(9) المستصفى: 84/1.

(10) التوضيح: 754/2.

بالتعمد، وهو خلاف ما يدل عليه واجب العناية بحقوق الغير في الشريعة، كما أنه يناقض الحكم بالضمان في كثير من الفروع الفقهية التي ذكرها علماء المذهب الحنفي أنفسهم، كما في ضمان الحداد والموقد للنار في ملكه مما سبق ذكره قبل قليل.

وهناك احتمالان في تفسير سبب الوقوع في هذا الخطأ:

أولهما: متابعة خطأ كتابي وقع في بعض الكتب السابقة، كأشباه ابن نجيم التي وردت فيه القاعدة نفسها بلفظ: (المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا، إلا إذا كان متعمداً)[11]. ومع ذلك فقد تعاقب شراح المجلة على ترديد الخطأ نفسه، دون تقدير منهم لآثاره على مفهوم الضمان وتناقضه مع ما أوردوه هم من فروع[12].

والثاني: متابعة خطأ وقع فيه بعض المتقدمين في تفسير مذهب الإمام أبي حنيفة في تضمين المتسبب، خاصة وأن إمام المذهب لا يرى تضمين المتسبب إلا في تلك الأحوال التي يبلغ الخطأ فيها من الجسامة مبلغاً يقربه من العمد.

وسواء وقع هذا الخطأ مجاراة لخطأ كتابي أو علمي فإن هذه القاعدة تجب قراءتها على أن المتسبب لا يضمن (إلا إذا كان متعدياً)[13] طبقاً لما ورد في مجمع الضمانات.

141 ـ وعلى سبيل المقارنة فإن القانون الإنجليزي كان ينظر إلى النية باعتبارها أحد أركان التعدي في بعض أنواع الضمان، وخاصة ضمان الغرور والغش Fraud, Deciet والدعوى الكيدية Malicious Prosecution والتشهير Defamation. وكان على المتضرر لذلك أن يثبت سوء نية المدعى عليه في هذه التعديات. لكن تضاءل دور النية في المسئولية التقصيرية في هذا القانون بعد أن اعترف بالإهمال سبباً مستقلاً لقيام هذه المسئولية.

142 ـ الإدراك والتمييز: لا يشترط الفقهاء تمييز المتسبب في الضرر أو إدراكه لوجوب الضمان، فالصبي مميزاً أو غير مميز يجب الضمان بفعله، وكذا المعتوه والمجنون (لأن المقصود هو المال، وأداؤه يحتمل النيابة)[14] بأن يقوم عنه الولي بذلك. والنظر في الفقه الإسلامي إلى التعدي باعتباره واقعة مادية أنتجت الضرر فيتحمله المتعدي جبراً لهذا الضرر ورفعاً له. ولا يشترط لأهلية الضمان إلا أهلية الوجوب وإن بدا من بعض الأمثلة الفقهية اشتراط أهلية التملك لوجوب الضمان في الذمة، ولذا يجب على الصبي ومن في

---

(11) الأشباه والنظائر ص 284.

(12) راجع على سبيل المثال: شرح المجلة لسليم رستم باز ص 60 ولعلي حيدر ص 82.

(13) مجمع الضمانات ص 146، 165.

(14) A History of English law, Holdsworth vol. VIII. P. 422.

حكمه لأهلية التملك، بخلاف الرقيق الذي ليست له أهلية التملك، فإن مسئوليته المالية في رقبته[15].

وتبعاً لهذا يذهب جمهور الفقهاء إلى ضمان الصغير والمجنون والمعتوه ما يفسدونه من أموال غيرهم، وإن لم يكن لهم مال فنظرة إلى ميسرة[16]، ولا يتحمل أولياؤهم عنهم شيئاً مما وجب في ذمتهم. أما جناياتهم فالعمد والخطأ فيها سواء، ولا يجب عليهم القصاص، وإنما تجب الدية على عواقلهم مثلما هو الحال في جنايات البالغ العاقل.

143 ـ وقد نص الفقهاء على ذلك؛ ففي المذهب الحنفي (لو أن طفلاً ابن يوم انقلب على قارورة فكسرها لزمه الضمان)[17]. وفي مجلة الأحكام العدلية أن الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن لم يكن مميزاً[18]. وهو مذهب المالكية، فعندهم أن ضمان المتلفات لا يختلف باختلاف أحوال الناس[19]. وعن مالك أن جناية المجنون أو الصبي خطأ تحمله العاقلة إذا بلغ الثلث، فإن كان أقل من الثلث ففي أموالهما، وإن لم يكن لهم مال كان ذلك ديناً عليهما[20]. وفي رواية في المذهب الحنبلي أنه (إذا وجب على الصبي شيء، ولم يكن له مال حمله عنه أبوه. . وروي ذلك عن ابن عباس. . وفي الرواية الأخرى وهو قول الأكثرين أنه في ذمته وليس على أبيه شيء)[21].

ومن هنا فإنه لا خلاف بين الفقهاء على ضمان الصغير والمجنون ما يتسبب فيه فعلهما من إضرار بالغير، وأنه يتحمل هذا الواجب في ذمته، لأهليته للضمان، ويؤديه عنه وليه، باعتباره نائباً عنه في أداء الواجبات التي يشترط العقل والتمييز لأدائها. والخلاف فيما إذا كان الصغير أو المجنون معسراً، فمذهب الجمهور الإنظار بالأداء إلى حين ميسرة، كما هو الحال في الوفاء بالحقوق الأخرى. وفي رواية في المذهب الحنبلي أن الولي هو الذي يتحمل الواجب على الصبي أو المجنون إن كانا معسرين. وليس إلقاء الضمان على الولي في هذه الحالة لمكان التعدي، بل هو للمصلحة وحفظ الأموال وتعويض المتضرر، مما هو من جنس تضمين الصناع والأجراء المشتركين. وفي ذلك يفيد الضمان الواقع على الولي

---

(15) مجمع الضمانات: 194 وما بعدها.

(16) السابق: 170.

(17) السابق: 146 والأشباه لابن نجيم 78/2 والتوضيح 733/2، 754، 762.

(18) مادة 960 من المجلة.

(19) الفروق للقرافي 11/4.

(20) حاشية الدسوقي 443/3.

(21) مجموع فتاوى ابن تيمية: 159/34 .

مفهوم أداء الواجب، وهو التعويض، لا معنى للمسئولية، التي ترتبط بمناطها وهو التعدي[22].

144 - ولعل هذا هو أساس ما أخذ به مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، فقد جاء في المادة 169 أن (كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، ولو كان غير مميز). وجاء في المادة 170 أنه (إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعذر الحصول على التعويض من ماله جاز للقاضي أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض). ذلك أن النص العام (مادة 169) ينيط المسئولية بالتعدي، سواء كان المتعدي مميزاً أو غير مميز. أما المادة الأخيرة فتوجب الضمان بمعنى أداء الواجب والوفاء به على ولي القاصر إذا لم يكن له مال أو تعذر الحصول على ما يوجبه الضمان منه.

ويشبه استقرار الضمان بمعنى المسئولية على المخطىء أو المتعدي وإيجاب الضمان، بمعنى وجوب الوفاء بالتعويض، على الولي إلقاء المسئولية على المخطىء في الجنايات على النفس وما دونها وإيجاب الدية والأروش على العاقلة. ولعل غياب هذا المعنى هو الذي صرف علماء المذهب الحنبلي عن متابعة رواية إيجاب الضمان على الولي التي استند إليها المشروع المذكور وقد تابع القانون المدني الأردني الصادر 1976 أحكام الشريعة الإسلامية في عدم اشتراط التمييز لإيجاب الضمان [23].

145 - و يشير سالمند Salmod إلى مسئولية القاصر في القانون الانجليزي عن الأضرار التي يتسبب فيها لغيره في الأنفس والأموال، كالبالغ سواء بسواء[24]. ويتجه أصحاب النزعة الموضوعية أو المادية في التفكير القانوني اللاتيني إلى التفريق بين المسئوليتين المدنية والجنائية، بحيث يشترط الإدراك والتمييز لقيام المسئولية الجنائية وحدها دون المسئولية المدنية التي لا يشترط هذا الشرط لقيامها. ويفسر أصحاب هذا الاتجاه التعدي بأنه مجرد الانحراف عن السلوك المعتاد، دون نظر إلى الظروف الداخلية الخاصة بالمتعدي[25].

146 - وتتجه القوانين المطبقة في العالم العربي وجهة مغايرة تقوم في أساسها على الخلط بين المسئوليتين المدنية والجنائية. ذلك أن الصبي والمجنون والمعتوه كان ينظر

(22) راجع مفهوم الضمان فيما سبق، وإطلاقه بمعنى المسئولية والتحمل أو إطلاقه بمعنى أداء الواجب وهو التعويض والوفاء به.

(23) تنص المادة 256 من هذا القانون على أن (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر).

(24) The Law of Torts, Sir John salmond, 5 th edition P. 71.

(25) الوسيط للسنهوري: 785/1.

إليهم باعتبارهم مسئولين عن أفعالهم مدنياً وجنائياً. ثم ارتقى التفكير القانوني فأصبح يشترط للمسئولية قيام ركن الإدراك والتمييز. واعتبر إعفاء عديم التمييز من المسئولية الجنائية والمدنية (معاً خطوة خطاها القانون إلى الإمام)[26]. ويمثل القانون المدني المصري هذا الاتجاه عندما نص في مادته 164 على أنه لا ينشأ الخطأ إلا بقيام ركنين، أولهما: التعدي بارتكاب فعل غير مشروع. والثاني: الإدراك والتمييز: ونص هذه المادة:

1 ـ يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة التي صدرت منه وهو مميز.

2 ـ ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم.

ويكشف أدنى قدر من التأمل ما بين فقرتين المادة المذكورة من تعارض يبلغ مبلغ التناقض؛ إذ تشترط الفقرة الأولى التمييز لقيام المسئولية، على حين تقضي الفقرة الثانية بمسئولية غير المميز إن لم يكن له ولي أو وصي، أو وجد أحدهما وتعذر الحصول على التعويض منه. ويحاول الدكتور عبد الرزاق السنهوري حل هذا التناقض بإقامة مسئولية غير المميز في هذه الأحوال على أساس مبدأ تحمل التبعة لا على أساس الخطأ. ومع ذلك فإن الحل الذي أخذه المشروع المشار إليه من أحكام الفقه الإسلامي أوفى بالمقصود وأقرب إلى المنطق. والحاصل أن الإدراك والتمييز ليسا بشرط لإيجاب الضمان، فالمميز وغير المميز في ذلك سواء. لكن غير المميز المعسر يطالب عنه وليه بما وجب في ذمته، مراعاة لحق المتضرر.

147 ـ توقع الضرر: لا يشترط كذلك توقع الضرر Forseeability لإيجاب الضمان في الفقه الإسلامي، لما تقدم من أن الضمان حكم وضعي يترتب على سببه وهو التعدي. وهذا واضح في التعدي بالمباشرة من جهة أن على الفاعل أن يتوقع النتائج المحتملة لفعله. ويفترض في الفقه لذلك أن الرضا بالفعل رضا بما يتولد عنه هذا الفعل. أما في التعدي بالتسبب فإنه لا يشترط توقع الضرر للحكم بالضمان. غير أن توقع الضرر من فعل ما والإقدام على الفعل الذي يسببه من شأنه إيجاب الضمان في أحوال خاصة. وفيما يلي بعض الأمثلة الدالة على ذلك:

في مجمع الضمانات: (رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار في حصائده فذهبت النار إلى أرض جاره فأحرق زرعه لا يضمن، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره، لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير. قالوا: إن كان زرع

(26) الوسيط للسنهوري: 796/1.

غيره يبعد عن حصائده التي أحرقها، وكان يأمن أن يحترق زرع جاره ولا يطير شيء من ناره إلا شرارة أو شرارتان، فحملت الريح ناره من أرضه إلى أرض جاره فانحرق زرع الجار وكنّه لا يضمن. فإذا كان أرض جاره قريباً من أرضه بأن كان الزرعان ملتصقين أو قريبين من الالتصاق على وجه أن ناره تصل الى زرع جاره يضمن صاحب النار زرع الجار. وكذلك رجل له قطن في أرضه وأرض جاره لاصقة بأرضه فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن فأحرقت ذلك القطن كان ضمان القطن على الذي أوقد النار، لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن كان قاصداً إحراق القطن)[27].

وفي هذه الأحوال إنه يضمن الموقد للنار ما أحرقته من زرع جاره ومتاعه إذا توقع انتقال النار وإتلافها لمال الغير، لأنه بتوقعه هذا وإشعاله النار في أرضه يعد قاصداً إحراق مال الغير ومتاعه فيجب عليه ضمان ما قصده. وكذلك يجب الضمان إذا لم يتوقع ما كان يجب عليه أن يتوقعه. وهذا هو المقصود بيانه من افتراض (التصاق أرض الجار بأرض الموقد للنار) على وجه أن ناره تصل إلى زرع غيره، لأنه كان على الموقد للنار في هذه الحال أن يتوقع انتقال النار، فإذا لم يتوقع المرء ما يجب على الإنسان العادي أن يتوقعه وجب عليه الضمان لإهماله.

ـ **وفي جامع الفصولين** أن من وضع شيئاً في الطريق فنفرت منه دابة لا يضمن لو لم يصبها ذلك الشيء[28]. والوجه أنه لا يضمن لأن نفور الدواب من وضع شيء على جانب من الطريق أمر غير متوقع ونادر فلا يجب الضمان لذلك.

ـ **لو صاح بطفل**: كان يسير على مرتفع فسقط وأصيب من سقطته ضمن الصائح، بخلاف ما لو أصيب بذلك رجل، حيث لا يضمن الصائح، لأنه كان عليه أن يتوقع وقوع الطفل دون الرجل. ولو صاح بدابة ففزعت وألقت بنفسها في الماء وغرقت[29] ضمن كذلك، للسبب نفسه.

ـ **في المبدع**: أنه لو أعد طبيخاً ذا رائحة معينة، وفي محل إعداده امرأة حامل يعلم الطابخ أنها تتأثر من هذه الرائحة فاضطرب جنينها وألقته ضمن، لأنه بعلمه بتأثرها يكون قد توقع الضرر وقصده فيضمن لهذا[29].

148 ـ وإنما يعمل معيار توقع الضرر كذلك لتقييد الأضرار المضمونة بالأضرار المتوقعة في العادة أو في الغالب، أما الأضرار التي لا تترتب على فعل بعينه إلا نادراً فلا

(27) ص: 161.

(28) جامع الفصولين لابن سماوة 122/1.

(29) المبدع: 342/8.

توجب الضمان، إذ النادر لا حكم له في منصوص القاعدة الفقهية، وفيما أشار إليه الشاطبي عند شرحه لمبادىء الضمان الناشىء عن استعمال الحقوق وفعل المباحات[30]. وينطبق ذلك على التعدي بالمباشرة والتسبب على السواء. وبهذا فإن لهذا الضابط وجهين:

أولهما: تقييد الأضرار المضمونة في المباشرة والتسبب بما هو متوقع عادة من فعل التعدي.

- والثاني: اعتبار العمل على خلافه منشئاً للتعدي بالتسبب. فمن يعلم أو يتوقع نتيجة معينة لفعله، ولا يتجنب هذه النتيجة، يكون قاصداً لها، ويعد متعدياً بهذا القصد.

149 - مخالفة الإذن: لا يشترط الإدراك والتمييز والنية وتوقع الضرر في الفاعل لاعتبار الفعل من التعدي الموجب للضمان فيما اتضح من الملاحظات السابقة. وإنما يعد الفعل من التعدي الموجب للضمان بالنظر إلى الأوصاف الموضوعية للفعل نفسه وكونه: 1 - إما على خلاف الطلب الجازم للشرع كارتكاب محرم أو ترك واجب. 2 - وإما على خلاف المعتاد من التبصر والتحوط في فعل المباحات. وأفصل فيما يلي معيار التعدي الخاص بمخالفة الإذن أو الطلب الشرعي الجازم للفعل أداء أو كفًا.

150 - من الواضح أن الفعل الموافق لمطلوب الشارع على سبيل الوجوب أو التحريم لا ينشىء الضمان. ولذلك تنص القاعدة الفقهية على أن (الواجب لا يتقيد بوصف السلامة). فلو قضى القاضي بالقتل أو الضرب أو القطع وفقاً لما تقضي به الأدلة الشرعية لم يجب عليه ضمان. ولو أذن لطبيب في إجراء جراحة له فأجراها الطبيب على الوجه المعتاد ووفقاً لما توجبه رسوم المهنة وأصولها لم يجب عليه الضمان[31].

أما الفعل المخالف لما أوجبه الشارع أو حرمه فإنه يوجب ضمان ما يترتب عليه من ضرر. من ذلك أن من يتلف مال غيره أو يأخذه بغير حق يعد متعدياً ويجب عليه الضمان. ومن يترك إنقاذ مال غيره المعرض للخطر، وهو قادر على ذلك، وجب عليه الضمان، لتركه ما وجب عليه من صون مال أخيه المسلم. والمعلم للسباحة يجب عليه اتخاذ ما يلزم من التدابير للحفاظ على تلميذه ويضمن لو قصر في ذلك، لمخالفته ما وجب عليه بالعقد. وكذلك المودَع إذا قصر في حفظ الوديعة كان ضامناً كما تقدم. وقد أغرم عمر بن الخطاب رضي الله عنه حاطب بن أبي بلتعة لتعديه بتجويع غلمانه، مما ألجأهم إلى أخذ ناقة المزني ونحرها[32].

---

(30) الشاطبي: الموافقات: 349/2 وما بعدها.

(31) مجمع الضمانات: 48.

(32) أوجز المسالك إلى موطأ مالك للشيخ محمد زكريا 240/12.

151 ـ وإذا كان ترك الواجب أو ارتكاب المحرم مما يوجب الضمان بذاته فإن الفعل المباح شرعاً لا يوجب الضمان إلا إذا اشتمل على مخالفة ما يوجبه الشارع من التبصر والتحوط. وهذا هو ما تفيده كل من قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان»[33] وقاعدة تقيد المباح بوصف السلامة[34]. ويوضح ابن نجيم هذه القاعدة الأخيرة بأنه (لو قطع المقطوع يد قاطعه فسرت ضمن الدية، لأنه مباح فيتقيد. وضمن لو عزر زوجته فماتت، ومنه المرور في الطريق مقيد بها. ومنه ضرب الأب ابنه أو الإمام أو الوصي تأديباً لكونه مباحاً. ومحله في الضرب المعتاد. أما غيره فموجب للضمان في الكل)[35].

وبهذا فإن فعل المباح يوجب الضمان إذا أدى إلى الضرر بشرطين:

أولهما: مجاوزة المعتاد.

والثاني: إمكان التحرز عن الضرر، فإن تقيد المباح بوصف السلامة يفيد وجوب ضمان أي ضرر ينشأ عن استعمال المباح. لكن هذه القاعدة مقيدة بقاعدة نفي الضمان إذا لم يمكن التحرز عن الضرر.

وتدل شواهد فقهية كثيرة على ضبط إمكان التحرز عن الضرر بمراعاة المعتاد بين الناس، بخلاف ما لو صرف إمكان التحرز إلى الإمكان العقلي الذي يؤدي إلى الحكم بضمان جميع الأضرار الناشئة عن ممارسة المباحات، وهو ما لم يقل به أحد من الفقهاء. وبذا يرتد مفهوم التعدي في هذين الموضعين إلى معيار واحد، هو مجاوزة المعتاد والسلوك مسلكاً مخالفاً لمألوف الناس وأعرافهم.

152 ـ مجاوزة المعتاد: الخطأ أو التعدي الموجب للضمان هو السلوك مسلكاً مخالفاً لما ألزم به الشارع، سواء بترك الواجب أو ارتكاب المحرم، أو بعدم التحوط والتبصر في أداء المباحات. ولا إشكال في ضبط الخطأ أو التعدي بترك واجب أو فعل محرم، لأن مرجعه هو الأحكام الشرعية، وإنما الإشكال في ضبط مدى التحوط الواجب في ممارسة المباحات، لاختلافه من موقف إلى آخر باختلاف الظروف والعوامل التي ينبغي اعتبارها للحكم بالتقصير والإهمال. وقد أحال الفقهاء ضبط ما أوجبه الشارع من تحوط وتبصر إلى أعراف الناس وعاداتهم في التعامل والسلوك بناء على ما تقضي به قواعد إعمال العرف. ويعني ذلك أن مخالفة العرف وما اعتاده الناس وألفوه في استعمال الحقوق ـ وفي أداء الواجبات كذلك ـ يَنْسِبُ الفاعل إلى الخطأ أو التقصير الذي يوجب الضمان. وبذلك فإن

---

(33) المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية.

(34) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 289 وما بعدها.

(35) السابق ص 290.

ضابط الخطأ هو مخالفة الحكم الشرعي (في ترك الواجب وفعل المحرم) أو مخالفة المعتاد في فعل المباحات.

ويستند معيار مخالفة المعتاد إلى ما أوجبه الشارع من تحوط وتبصر، منعاً للإضرار بما منعه الشارع وحماه من مصالح. وهذا هو معنى تقييد فعل المباح بوصف السلامة في منصوص القاعدة الفقهية، وتخصيص الوصف المقيد بتلك الأضرار التي يمكن التحرز عنها حسبما تقدم. وتفريعاً على ذلك فإن الأم تضمن لو تركت ولدها الذي يحتاج إلى الحفظ والرعاية، ويضمن الزوج لو كانت زوجته مريضة، وتركها دون رعاية. أما إذا لم يقم على الزوج واجب الحفظ كما إذا تركت بيت الزوجية، أو كانت صحيحة وحدث لها شيء فإنه لا يضمن، حسبما جاء ذكره فيما سبق. وكذلك لو كان ماشياً في الطريق فسقط إنسان عليه، ومات منه فلا ضمان لأنه (لا يجب عليه التحرز عن سقوط غيره عليه)[36]. ولا يضمن راكب الدابة ما نفحت برجلها أو ذنبها لأنه لا يعد مقصراً في ذلك، وإنما يضمن (ما وطئت الدابة وما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت أو صدمت)[37] لأنه يعد مقصراً ومخالفاً لمأمور الشارع في العناية بسلامة الغير ـ ولو أن الدابة (أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأت عين إنسان أو أفسدت ثوبه لم يضمن. وإن كان حجراً كبيراً ضمن. وقيل لو عنف في سوق الدابة ضمن ذلك كله)[37]، وذلك لتقصيره في النظر المأمور به شرعاً، ومجاوزته المألوف في السير. ولا يضمن إذا لم يخالف ذلك، كما لو أثارت حصى صغيراً أو غباراً، حيث لا يجب عليه توقي ذلك، أما لو أثارت في سيرها حجراً كبيراً فإنه يضمن الضرر لوجوب توقي هذا الحجر الذي يسهل التعرف عليه وتفاديه.

153 ـ ويستند هذا المعيار من الناحية الأصولية إلى مسألة الحكم على المباح بالحرمة إذا صحبه قصد الإضرار أو كان يؤدي إلى الإضرار عادة أو غالباً، فإن لزوم المضرة للغير من هذا العمل في العادة أو في الغالب ينقله من الحكم بالإباحة إلى الحرمة، لأن الفاعل بتوخيه (لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين، إما تقصير في النظر المأمور وذلك ممنوع، وإما مظنة قصده إلى نفس الإضرار، وهو ممنوع أيضاً. لكن إذا فعله فيعد متعدياً بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة)[38].

154 ـ ويتفق المعيار الفقهي (مجاوزة المألوف) مع نظيره الانجليزي «Reasonableness»[39] الذي يعني وجوب التزام سلوك الرجل العاقل وقيام الخطأ بمخالفة

---

(36) مجمع الضمانات: 165.

(37) السابق: 185.

(38) الموافقات للشاطبي: 35/2 وما بعدها.

(39) Tort Law, Dias P. 40, 56.

هذا السلوك. ولا يخرج المعيار الذي أخذ به القانون الفرنسي لقياس الخطأ عن المعيار الفقهي، وإن استخدم هذا القانون في التعبير عن ذلك مصطلح (الرجل المعتاد) و (الرجل الحريص). ويرجع الاتفاق بين هذه النُظم في المعيار الذي اعترفت به لقياس الخطأ إلى المفهوم الذي خلعته على هذا المعيار وإلى أساسه القانوني الذي يقوم عليه، وهو واجب العناية The Duty of Care القاضي بأن على الفرد أن يتبصر في سلوكه حتى لا يضر بغيره، وأن من ترك واجباً في صون حقوق غيره يضمن.

ويفيد معيار مجاوزة المألوف من الناحية العملية أنه لا يجب على المتضرر إثبات تعمد المخطىء أو عدم يقظته أو غفلته أثناء خطئه، وإنما يكفيه إثبات مخالفة فعله لمألوف الناس وعاداتهم في أدائهم لمثل هذا الفعل، فرش الطريق على نحو أدى إلى الزلق وري الأرض على نحو أدى إلى تسرب الماء لأرض الجار وإفساد ما فيها مما يوجب الضمان بمجاوزة المألوف، لا باعتبار أن الفعل في ذاته خطأ أو محرم في الشريعة.

155 ـ رفع الخطأ والنسيان: لا ينافي الحكم بالضمان عند التقصير أو الإهمال مقتضى قوله ﷺ (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان)، فإن المرفوع هو الإثم واللوم والعقوبة الحدية لا الحكم بالضمان. وهذا هو ما عنى الفقهاء المسلمون بالإشارة إليه. يذكر صدر الشريعة أن الخطأ هو (أن يفعل فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً، كما إذا رمى صيداً فأصاب إنساناً، فإنه قصد الرمي، لكن لم يقصد به الإنسان، فوجد قصد غير تام، وهو يصلح عذراً في سقوط حق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد، ويصلح شبهة في العقوبة حتى لا يأثم إثم القتل، ولا يؤاخذ بحد أو قصاص لأنه جزاء كامل فلا يجب على المعذور. وليس بعذر في حقوق العباد حتى يجب ضمان العدوان، لأنه جزاء مال لا جزاء فعل، ويصلح ـ أي الخطأ ـ مخففاً لما هو صلة لم تقابل مالاً[40] ووجبت بالفعل كالدية)[41].

ويضبط الفخر الرازي الأحوال التي لا يعذر فيها المخطىء والناسي بمعيار (ترك التحفظ والإعراض عن أسباب التذكر)[42]. ويرجع إلى ذلك صحة طلب الغفران بالدعاء في قوله تعالى ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾، من جهة أن المخطىء والناسي مقصران وأن التقصير يوجب الإثم فحق للمقصر طلب المغفرة وعدم المؤاخذة.

156 ـ ويقسم الأحناف النسيان إلى قسمين بالنظر إلى التقصير: أولهما ما يعد عذراً مانعاً من التكليف، وذلك إذا لم يوجد أمر مذكر ينسب الناسي إلى التقصير، وذلك كالأكل

(40) الوسيط للسنهوري: 779/1.
(41) التوضيح: 817/2.
(42) التفسير الكبير للفخر الرازي: 155/7.

في رمضان. والثاني ما لا يعد عذراً وينسب الناسي إلى التقصير، كما إذا توافرت دواعي التذكير، وذلك كالأكل في الصلاة، فإن قيامه لها وانشغاله بأفعالها مما يستدعي عدم نسيانها، فإذا نسي كان مقصراً. وهذا في التكليف. أما في الوجوب وخطاب الوضع فإن النسيان لا ينافي ذلك. يقول صدر الشريعة: (النسيان لا ينافي الوجوب. لكنه لما كان من جهة صاحب الشرع يكون عذراً في حقه غالبٍ لا في حق العباد. وهو إما أن يقع فيه المرء بتقصير كالأكل في الصلاة مثلاً، فإن حالها مذكرة. وإما ألا يكون بتقصيره كالأكل في الصوم) [43]. وقد أخذ الشافعية وغيرهم بهذا التقسيم وإن اختلفوا مع الأحناف في تطبيقه[44].

ويبين المراغي وجه اعتبار الناسي مقصراً بقوله: (النسيان قد يكون من عدم العناية بالشيء وترك إجالة الفكر فيه ليستقر في النفس. ومن ثم ينسى المرء ما لا يهمه، ويحفظ ما يهمه. ويؤاخذ الناس بعضهم بعضاً بالنسيان، ولا سيما نسيان الأدنى لما يأمره به الأعلى، فإنه إن لم يفعل ما يأمره به نسياناً رماه بالإهمال والتقصير وآخذه على ذلك. وكذلك الخطأ ينشأ من التساهل وعدم الاحتياط والتروي. ومن ثم أوجبت الشريعة الضمان في إتلاف الشيء خطأ، فإذا رمى امرؤ صيداً فأخطأ وأصاب إنساناً فقتله أوخذ به في الشريعة والقوانين الوضعية. وبهذا تعلم أن المؤاخذة على الخطأ مما جاءت به الشريعة وجرى عليه العرف في المعاملات والقوانين. ولو لم يكن كل منهما (الناسي والمخطىء) مقصراً ما جاز هذا وما حَسُن[45].

157 - والمرجع في النسيان الذي يعد من التقصير والذي لا يعد هو العرف، لأنه هو الذي تعلق به الضمان واعتبار الفعل من التعدي. ويلفت النظر في ذلك عبارة صاحب مجمع الضمانات: (المودَع إذا ربط سلسلة على باب خزانته في خان بحبل ولم يقفله، فخرج فسرقت وديعته، قالوا: إن عد هذا إغفالاً وإهمالاً كان ضامناً وإلا فلا)[46].

158 - أنواع الخطأ: يتنوع الخطأ بالنظر للحكم الشرعي للفعل إلى الأقسام التالية:

1 - ترك واجب ألزم به الشارع، كالصبي غير المميز الذي يحتاج إلى الحفظ إذا تركته الأم وخرجت فوقع من علو ومات فإنها تضمنه، لتسببها في موته بمخالفة ما أوجبه الشارع عليها من العناية به. والأمر كذلك في امرأة تصرع أحياناً فتحتاج إلى حفظها لئلا تقع في ماء

---

(43) التوضيح: 763/2.

(44) المنثور في القواعد للزركشي: 274/3.

(45) تفسير المراغي: 86/3 وانظر هذا المعنى في تفسير القرطبي 432/3 وتفسير البحر المحيط لأبي حيان 320/3 وفتح القدير للشوكاني 498/1 والميزان في تفسير القرآن للطباطبائي 39/5.

(46) مجمع الضمانات 75، وتبصرة الحكام لابن فرحون 352/2، 355.

أو نار، وهي في منزل الزوج فعليه حفظها. ويضمن إذا ألقت نفسها أثناء الصرع في ماء أو نار. وكذا الصغيرة التي تحتاج إلى الحفظ[47]. ويضمن كذلك من أطلق كلباً عقوراً أو دابة رفوساً أو عضوضاً على الناس في طرقهم ومصاطبهم ورحابهم إذا تلف بذلك مال أو نفس، لتفريط صاحبها وإهماله بترك ما أوجبه الشارع من العناية والتبصر. وكذا إذا كان له طائر جارح كالصقر والبازي فإنه يضمن ما يفسده من طيور الناس وحيواناتهم، لأن الشارع أوجب عدم إطلاق الحيوانات الضارية والطيور الجارحة لإضرارها[47]، ومسئولية أصحابهم عنها مسئولية مطلقة Strict Liability ومن جنس ترك الواجب المنشىء للضمان (كتم ما يجب بيانه كالبائع المدلس في المبيع بإخفاء عيب ونحوه والمؤجر المدلس والناكح المدلس وغيرهم من المعاملين إذا دلّس. وكذا الشاهد والمخبر الواجب عليه الإخبار بما علمه من نحو نجاسة شيء، والمفتي والحاكم ونحوهم، فإن كتمان الحق سبب للضمان. وعلى هذا لو كتما شهادة كتماناً أبطلا به حق مسلم ضمناه، مثل أن يكون عليه حق ببينة، وقد أداه حقه له، أي المؤدي لما كان عليه، ببينة بالأداء، فتكتما الشهادة (أي شاهدا الأداء) حتى يغرم ذلك الحق)[47]، فإنهما يضمنان. وإن استؤجر مدرب لتعليم شخص السباحة فغرق المتعلم ضمن المدرب (إن غفل عنه أو لم يشد ما يسبحه عليه شداً جيداً أو جعله في ماء كثير جار أو واقف لا يحمله أو عميق معروف بالغرق)[48]. ولو ترك واجب التنبيه للغير فتسبب عن ذلك ضرر لزمه الضمان. وذلك كما لو حمل حطباً، وخرق به ثوباً، فإن كان صاحب الثوب مستدبراً وصاح به حامل الحطب منبهاً له بالانحراف إلى موضع يمكنه الانحراف إليه ولم يفعل فلا ضمان. وإن لم ينبهه وهو مستدبر ضمنه. وكالمستدبر الأعمى إذا لم ينبهه حامل الحطب أو لم يكن في إمكان الأعمى الانحراف إلى موضع آخر بعد تنبيهه، فإن المتسبب يضمن للأعمى ما تخرق من ثوبه وما أصابه ـ من ذلك[48].

ويشمل الترك بذلك ترك واجب التبصر والتحوط وترك فعل ألزم به الشارع كأداء الشهادة. ولا يشترط في الخطأ لاعتباره موجباً للضمان أن يكون فعلاً، بل يمكن أن يكون تركاً أو كفاً Omission. وعلى سبيل المقارنة فإن القانون الانجليزي لم يعترف بالترك سبباً لإيجاب التعويض وقيام ركن التعدي إلا في مرحلة متأخرة نسبياً.

2 ـ ارتكاب فعل محرم، كالكذب في الشهادة وغصب مال الغير وإتلافه بمباشرة أو بتسبب إذا حرم الشارع هذا الفعل. فلو كان لرجل نوبة ماء في يوم معين من الأسبوع فجاء رجل آخر وسقى أرضه في نوبة الأول.. ذكر الشيخ علي البزدوي أن غاصب الماء يكون ضامناً. ويبدو أن هناك رأياً آخر في المذهب الحنفي يقضي بعدم الضمان إذا لم يتدخل

---

(47) معين الحكام للطرابلسي 207.

(48) كشاف القناع: 6/ 17.

المتعدي في مال الغير على نحو مباشر، فقد قيل بعدم الضمان في رجل أراد سقي أرضه أو زرعه من مجرى له، فجاء رجل ومنعه الماء ففسد زرعه. وقاسوا ذلك على ما لو منع أحد الراعي حتى ضاعت المواشي[49]. وهذا الخلاف في الحكم بالضمان بناء على الحيلولة ومنع المالك من تعهد ماله في المذهب الشافعي كذلك، فقد جاء في نهاية المحتاج أنه إن أراد سوق الماء إلى أرضه فمنعه ظالم من السقي لم يضمن، وصحح بعضهم الضمان[50]. والمذهب المالكي أنه لا فرق بين التسبب بالحيلولة في إتلاف المال وبين التسبب بغيرها في إيجاب الضمان، فمن حبس المتاع عن ربه حتى أخذه لص كان ضامناً، ويرجع على السارق[51]. ومن جنس الخطأ الناشيء عن ارتكاب فعل حرمه الشرع التصرف في مال الغير بدون إذنه، كما لو باعه أو استخدمه أو غير ذلك مما هو في معنى الغصب، كما لا يخفى.

159 ـ وينقسم الخطأ بالنظر لعلاقته بالضرر إلى مباشرة وتسبب. أما مباشرة الفعل الضار فمعناه ترتب الضرر على الفعل دون واسطة بينهما، كأن ينقلب النائم على متاع فيفسده أو يصدم شخصاً بسيارة يقودها، سواء كان ذلك على وجه التعمد أو الغفلة. وقد جاء تعريف المباشرة في المادة 887 من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: (الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر)، ومعناه أن الفعل الضار لا يتدخل بينه وبين حدوث الضرر أي عامل آخر، أو أن الإتلاف منصب على الشيء المتلف نفسه.

أما التسبب حسبما جاء في المادة 888 فهو (أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر، ويقال لفاعله متسبب. فإن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً. وكذا إذا شق واحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً). ويشمل التعدي بالتسبب صوراً عديدة يأتي مكان توضيحها فيما بعد.

160 ـ ولا يشترط في المباشرة لإيجاب الضمان سوى أن يكون الضرر مما يمكن التحرز عنه وألا يكون الفعل مأذوناً فيه شرعاً. ويرى أبو حنيفة أن التصرف في ملك الغير على أي نحو بدون استناد إلى إذن صريح من هذا الغير يعد مخالفة لما أذن به الشارع ويجب الضمان. ويتضح ذلك بالنظر في مسألة ضرب الدابة المستأجرة، فالقاعدة أن للمستأجر أن يضربها (الضرب المعتاد في الموضع المعتاد) إذا أذن له صاحبها في ذلك، ولا يضمن الضرر الذي يحدث من ذلك، لأن الإذن ينافي الضمان، ويضمن المستأجر إذا تجاوز في ضربه ما هو معتاد.

---

(49) لسان الحكام لابن الشحنة: 404.

(50) نهاية المحتاج: 152/5

(51) الخرشي: 140/6 والدسوقي 452/3.

لكن لو ضرب المستأجر الدابة ضرباً معتاداً بغير إذن صريح من صاحبها أو كبح الدابة بلجامها وأصاب الدابة ضرر فمذهب أبي حنيفة الضمان، لتصرفه في ملك غيره دون إذن صريح منه. ويتفرع مذهب أبي حنيفة في ذلك عن نظره لحق الملكية عموماً. ويدل رأي أبي حنيفة في هذه المسألة على أن مذهبه هو ضمان الأضرار المترتبة على التصرف في ملك الغير دون إذن صريح من هذا الغير. ويستلزم قول أبي حنيفة بذلك أنه يفتي بالضمان في أي فعل لم يأذن فيه رب الدابة. ويوجه الزيلعي مذهب أبي حنيفة بأن (الإذن مقيد بشرط السلامة، إذ السوق يتحقق بدونه، وإنما يُضْرب للمبالغة، فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق)[52].

ومذهب الصاحبين أن التصرف في ملك الغير بدون إذنه إذا استند إلى سبب يبيحه وتقيد بالمتعارف لا يوجب الضمان؛ فالمستأجر للدابة إذا ضربها ضرباً معتاداً أو كبح الدابة بلجامها على النحو المألوف أو (فعل فعلاً متعارفاً) عليه ونشأ عقيبه ضرر للدابة لم يجب الضمان عند الصاحبين لاعتبارين:

أولهما: أن المتعارف عليه مأذون فيه دلالة.

والثاني: أن المتعارف عليه لا يكون سبباً لحدوث الضرر وإلا لنفر منه الناس وعافوه فالكبح المتعارف عليه لإيقاف الدابة لا بد منه، ولا يكون سبباً لإيذائها، وكذا الضرب اليسير.

161 ـ ولا يجب الضمان إذا انتفى الخطأ. وينتفي الخطأ لأمرين:

أولهما: كون الفعل مأذوناً فيه شرعاً. من ذلك أن يكون الفعل أداء لما حكم الشارع بوجوبه، فلو باشر الطبيب قطع طرف لمريض رجاء الحفاظ على حياته لم يجب ضمان ذلك. وكذا لو قضى القاضي بقطع يد سارق أو بقتل قاتل قصاصاً أو حرابة فلا ضمان لوجوب ذلك على الطبيب بالعقد وعلى القاضي بقيامه في مصالح المسلمين ومن جنس ذلك دفع الضمان بالصيال، فمن (شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً، أو شهر عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه)[53]، لأنه غير متعد بتعمد القتل، للإذن الشرعي بدفع الصائل وقتله إذا كان لا يندفع إلا بذلك، ونشأ الصيال في ظروف يغلب على الظن انقطاع الغوث فيها. وكذا لو أكره امرأة على الزنا فلم تستطع دفعه إلا بالقتل فدمه هدر، ولا ضمان عليها، لعدم تعديها[53]، حيث أباح الشارع حق الدفاع عن العرض ولو بقتل الصائل. أما لو استطاعت دفعه بالاستغاثة وطلب النجدة فضربته ضرباً أفضى إلى موته كان عليها الضمان لتعديها في ذلك.

(52) تبيين الحقائق: 118/5.

(53) مجمع الضمانات: 166.

والثاني القيام بما أوجبه الشارع من عناية وتحوط؛ فراكب الدابة لا يضمن (إن أصابت بيدها أو رجلها غباراً أو حجراً صغيراً ففقأت عين إنسان أو أفسدت ثوبه)[54]، ويضمن إذا كان الحجر كبيراً بحيث كان يمكنه أن يراه ويتجنبه لو بذل ما يجب عليه من العناية والتحوط، كما يضمن لو عنف في سير الدابة، وتجاوز السرعة المعتادة، لأنه يكون مهملاً بذلك. وبذلك ينتفي الحكم بالتعدي إذا كان الفعل مأذوناً فيه شرعاً ولا يعده العرف إهمالاً.

المبحث الثاني: الضرر

162 ـ مفهومه: الضرر والضُّر ضد النفع. وقد ورد هذا التقابل في القرآن في قوله تعالى: ﴿قل أتعبدون من دون الله ما لا يملك لكم ضَرًّا ولا نفعاً﴾ (المائدة: 76)، وفي قوله: ﴿يدعو من دون الله ما لا يضره وما لا ينفعه ذلك هو الضلال البعيد. يدعو لمن ضره أقرب من نفعه لبئس المولى ولبئس العشير﴾ (الحج: 12-13)، وفي قوله: ﴿قل أندعو من دون الله ما لا ينفعنا ولا يضرنا﴾ (الأنعام: 71)، وفي قوله: ﴿ولا تدع من دون الله ما لا ينفعك ولا يضرك﴾ (يونس: 106) وفي قوله: ﴿ويتعلمون ما يضرهم ولا ينفعهم﴾ (البقرة: 102)، وفي قوله: ﴿ويعبدون من دون الله ما لا يضرهم ولا ينفعهم﴾ (يونس: 18)، وفي قوله: ﴿ويعبدون من دون الله ما لا ينفعهم ولا يضرهم﴾ (يونس: 12).

والضر ـ بالفتح ـ هو المصدر، والضُّر ـ بالضم ـ هو الاسم. وقيل هما لغتان كالشَّهد والشُّهد، فإذا جمعت بين النفع والضَّر فتحت الضاد، وإن أفردت الضر ضممت الضاد إذا لم تجعله مصدراً. وترد مادة الضر في اللغة بمعنى سوء الحال والفقر والشدة والضيق. وقد وردت بهذا المعنى العام في قوله تعالى: ﴿وإذا مسَّ الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعداً أو قائماً فلما كشفنا عنه ضره مر كأن لم يدعنا إلى ضر مسه﴾ وكقوله: ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ بمعنى لا يضايق الزوج الأم بأخذ ولدها وإعطائه إلى مرضعة أخرى، ولا تضارر الأم الأب بامتناعها عن إرضاع الصغير. والضرَّاء نقيض السراء، كما بيَّنه التقابل بينهما في قوله تعالى: ﴿الذين ينفقون في السراء والضراء﴾ (آل عمران: 134). وفي الحديث: «ابتلينا بالضراء فصبرنا وابتلينا بالسراء فلم نصبر»[55]، ومعناه أنا اختبرنا بالفقر والشدة والعذاب فصبرنا عليه إلى أن جاءتنا الدنيا والسعة والراحة فبطرنا ولم نصبر. ويشير القرآن إلى هذا المعنى في قوله تعالى: ﴿والصابرين في البأساء والضراء وحين البأس﴾

---

(54) السابق: 185.

(55) الترمذي: كتاب القيامة.

(البقرة: 177). والضراء بمعنى البأساء في هذه الآية وفي غيرها، كما في قوله تعالى: ﴿أم حسبتم أن تدخلوا الجنة ولما يأتكم مثل الذين خلوا من قبلكم مستهم البأساء والضراء وزلزلوا حتى يقول الرسول والذين آمنوا معه متى نصر الله﴾ (البقرة: 214)، وكقوله: ﴿ولقد أرسلنا إلى أمم من قبلك فأخذناهم بالبأساء والضراء﴾ (الأنعام: 42)، وكقوله: ﴿وما أرسلنا في قرية من نبي إلا أخذنا أهلها بالبأساء والضراء لعلهم يضرعون﴾ (الأعراف: 594). وتقابل الضراء كلا من النعمة والرحمة، كما في قوله تعالى: ﴿ولئن أذقناه نعماء من بعد ضراء مسته ليقولن ذهب السيئات عني﴾ (هود: 10)، وكما في قوله: ﴿وإذا أذقنا الناس رحمة من بعد ضراء مستهم إذا لهم مكر في آياتنا﴾ (يونس: 21).

163 ـ والضُّرَّة شدة الحال، وهي الأذاة، والضَّرير صاحب العلة الزامنة، وقوله تعالى: ﴿غير أولي الضرر﴾ (النساء: 95) بمعنى من به علة تضره وتقطعه عن الجهاد. وفي حديث البراء «فجاء ابن أم مكتوم يشكون ضرارته» أي يشكو علة العمى. والضرورة والاضطرار إلى الشيء الحاجة إليه. وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر، أي أنه حكم بعدم انعقاد مثل هذا البيع إذا كان المضطر بمعنى المكره، أو أنه كره الشراء ممن اضطر إلى العقد لدين ركبه أو مؤنة ترهقه فيبيع ما في يده بالوكس والنقص للحاجة والضرورة وواجب المسلم أن يعينه بالإقراض إلى الميسرة أو بشراء السلعة بقيمتها.

ويشمل الضرر بذلك في الإطلاق اللغوي وفيما جاء في ألفاظ الشارع الأذى والضيق على أي نحو؛ ففي لسان العرب: الضرر الضيق. ومكان ذو ضرر أي ضيِّق. ومكان ضررٌ ضيِّق ومنه قول الأخطل.. وماؤها ضرر يمور. قال ابن الأعرابي: ماؤها ضرر أي ماء نمير في ضيق، وأراد أنه غزير كثير فمجاريه تضيق به.. والمضرّ: الداني من الشيء.. وفي حديث معاذ أنه كان يصلي فأضر به غصن فمد يده فكسره، قوله أضر به أي دنا منه دنوًّا شديداً فآذاه.. وكل ما دنا دنوًّا مضيقاً فقد أضرّ. وللضرر معان أخرى يذكرها صاحب اللسان منها المخالفة والغيرة. ومنه الضرَّتان أي امرأتا الرجل (كل واحدة منهما ضرة لصاحبتها).. وتزوج على ضِرٍّ وضُرٍّ أي مضارة بين امرأتين.. ومعنى قولهم تزوجت المرأة على ضرٍّ كنّ لها أي رجلاً كان متزوجاً بأكثر من واحدة، وامرأة مُضِرّ إذا كان لها ضرَّة.

والضير والضور بمعنى الضرر، لكن فعله هو ضار، يضير ويضور. يقال: ما ينفعني ذلك ولا يضورني، ويقال لا ضير ولا ضور، وهما بمعنى واحد. والضورة الجوعة والضورة شدة الجوع، والتضور التلوي والصياح من شدة الجوع، والضورة الضعيف من الرجال.

164 ـ وينبغي أن يحمل على هذا الإطلاق مفهوم الضرر في قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»، حتى يدل على وجوب رفع الضرر دون تقييد بنوع منه دون آخر. وبهذا فإن الضرر في معناه اللغوي وفي المعنى الذي جاءت به النصوص الشرعية هو الأذى الذي يلحق

بالشخص في المال أو البدن أو الشرف أو السمعة.

ويتنوع الضرر بذلك إلى ثلاثة أقسام:

أولها: الضرر المالي الذي يتعلق بالمال، سواء بإتلافه كلياً أو جزئياً، أو بالاستيلاء عليه والتعدي على حيازة صاحبه.

والثاني: الضرر المتعلق بالبدن، سواء كان ذلك بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء أو إذهاب منفعة أو بجرح أو شجة.

والثالث: وهو ما يطلق عليه الضرر الأدبي الذي يتعلق بالعرض والشرف والسمعة. ولا شك في أن حفظ العرض والشرف والسمعة من المصالح الضرورية التي قصد الشارع حفظها وفرض العقوبات الزاجرة عن التعدي عليها. وقد اعتبر الفقهاء هذه المصلحة مقدمة على مصلحة حفظ المال في ترتيبهم للمقاصد الشرعية الخمسة لأسباب عدة من بينها أنها أيضاً وسيلتهم إلى كسب المال فيما عبر عنه الغزالي في إحياء علوم الدين في أكثر من موضع.

163 ـ حكمه: الضرر ركن الضمان باعتبار الماهية التشريعية وأنه لا يحكم بالضمان إلا بوجوده. أما بحسب الاصطلاحات الأصولية فإن الضرر شرط في سبب الضمان، وهو العدوان، لأن الضمان شرع جبراً للضرر ورفعاً له عن المعتدي عليه، فما لم ينشأ الضرر لم يجب الضمان. ومن أمثلة عدم وجوب الضمان لعدم وجود الضرر أنه إذا (ذبح شاة لا يرجى حياتها لا يضمن استحساناً، سواء كان أجنبياً أو راعياً.. وإنما يضمن قيمة فرس وحمار لا يرجى حياتهما)[56]. والفرق أنه بذبحه الشاة لم يضر صاحبها إذا كانت أشرفت على الهلاك، وإنما عمل لمصلحته، فإنه لو تركها وماتت لا ينتفع بلحمها، بخلافه في الفرس والحمار فإن الذبح لا يفيد صاحبهما شيئاً، بل يضره لاحتمال برئهما.

ومنه كذلك لو أن شخصاً عيَّن أضحية فذبحها غيره بغير إذنه أجزأت عن صاحبها ولا يضمن الذابح، لأنه (قد عجل الواجب فوقع موقعه)[57]. ولو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به غيره فالقياس ألا يضمن كالذابح للأضحية[57].

166 ـ وإذا كان الضرر يسيراً يتسامح فيه الناس عادة لا يجب ضمانه. مثاله إجراء الماء في أرض الجار لسقي أرضه إذا تعين ذلك. وفي الدر المختار أنه لو ركب دار غيره لإطفاء حريق وقع في البلد فانهدم شيء بركوبه لم يضمن، لأن ضرر الحريق عام فكان لكل

(56) مجمع الضمانات: 208.

(57) القواعد لابن رجب: 237.

دفعه[58]. وتفرّق المجلة بين الضرر اليسير وبين الضرر الفاحش فيما يتعلق بالمعاملات الجوارية، فقد جاء في المادة 1200: (يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان. مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون، وكان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء، أو أحدث في جانبها فرناً أو معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأي وجه كان. والمراد بالفرن في هذه المادة الفرن الدائم، أمّا التنور المعتاد في البيوت فلا يمنع منه، لضآلة الضرر الناشيء منه). وفي الدر المنع من الدبغ على الدوام لا على النادر للقدرة على تحمله. وفي جامع الفصولين أنه إن اتخذ داره حماماً ويتأذى الجيران من دخانه فلهم منعه إلا أن يكون دخانه مثل دخانهم فلا يمنع.

ومرد هذه التفريعات إلى قواعد الموازنة بين المفاسد المتنوعة واختيار أيسرها عند التعارض، حسبما تدل عليه القواعد التالية:

- (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام).
- (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف). وإذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرر بارتكاب أخفهما. و(يختار أهون الشرين)[59].

165 - ويترتب على التفريق بين الضرر اليسير وبين الضرر الفاحش في الحكم بضمان الأخير دون الأول نتيجتان:

أولاهما: إقدار النظام الفقهي للضمان على الاستجابة للمصالح الاجتماعية المتنوعة، والحكم بعدم ضمان المفاسد التي لا تنفك عن هذه المصالح التي اعتبرها العرف، ورأى احترامها، كالتنور المنزلي التي يثير الدخان ويؤذي الجيران. ومع ذلك فقد حكم الفقهاء بعدم ضمان هذا النوع من الأذى لارتباطه بمصلحة لا غنى عنها في مجتمعاتهم، ويوقع القول بضمان الأذى الناشيء عنها في الحرج ومنع الناس من اتخاذها. ومن جنسه السير في الطرق العام فإنه مقيد بعدم الإضرار بالغير ويتسامح مع ذلك في هذا النوع من الأضرار اليسيرة كإثارة الغبار والتراب والحصى الصغيرة، لأن القول بضمان ما هو من لوازم السير في الطريق يكر على أصل إباحته بالبطلان.

والثاني: تقييد الضرر المضمون الذي أوجب الشارع رفعه وجبره بألا يتسامح الناس فيه، درءا لمفسدة أهم وأعظم أو تحقيقاً لمصالح يرونها لازمة لهم بحيث يرضون احتمال نوع من الضرر لتحصيلها.

---

(58) شرح المجلة لسليم رستم باز ص 511.

(59) انظر مواد 26 وما بعدها من مجلة الأحكام العدلية.

وهذا هو القيد الوارد على مطلق الضرر في النصوص للحكم بإيجاب الضمان. أما القيود التي أوردها الفقهاء على الضرر المضمون في الشرع فتختلف سعة وتضييقاً، مما هو مبين فيما يلي.

الفرع الأول ـ الأضرار المالية

168 ـ الضرر المالي هو النقص الذي يلحق بالمال بإتلافه أو تعييبه أو التأثير على حق مالكه في استعماله واستغلاله لمصلحته. والمال في تعريف مجلة الأحكام العدلية هو (ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول)[60]. وقد جاء تعريف المال في المادة الأولى من مرشد الحيران، لأهميته باعتباره موضوع المعاملات، ونصها: (المال ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة. وهو نوعان: عقار ومنقول). ويشير هذان التعريفان إلى ضوابط المالية عند الأحناف، وهي:

(أ) تمول الناس وبذلهم الأثمان في الحصول على الشيء المعتبر مالاً، فما لا يتموله الناس كحبة حنطة لا يكون مالاً، وإن أباح الشارع الانتفاع به. ويختلف التمول عن التقوم في أن التقوم يشترط له مجموع أمرين، أولهما: التمول وبذل الناس الأثمان في الحصول على الشيء، والثاني إباحة الانتفاع بالشيء شرعاً، فالخمر مال لأن الناس أو بعضهم يبذل الأثمان في الحصول عليها، وهي ليست متقومة لأن الشارع حرم الانتفاع بها[61]. والمالية بهذا أعم من التقوم، وتصدق على ما يرغب فيه الناس ويبذلون الأثمان للحصول عليه.

(ب) إمكان الادخار لوقت الحاجة. وإنما قصد الأحناف بهذا القيد إخراج المنافع من المالية، بحكم أنها لا تقبل الادخار. ومع ذلك فالمنافع متقومة بالعقد عندهم، لأن التقوم أخص من المالية في المذهب الحنفي.

169 ـ وتفترق المالية في هذا المذهب عن الملك، ويرى الأحناف أن المنافع ملك لا مال. وقد جاء في المادة (125) من مجلة الأحكام العدلية تعريف الملك بأنه (ما ملكه الإنسان، سواء كان أعياناً أو منافع). وإنما اعتبر الأحناف المنافع ملكاً لا مالاً، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة[62].

(60) المادة: 126 وانظر هذا التعريف في رد المحتار لابن عابدين: 3/4، والبدائع: 149/5، والدسوقي 10/3، والقليوبي: 57/2، 283/2، 314/2، وشرح منتهى الإرادات 2/ 142، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي 40/4، 345، 357.

(61) البحر الرائق لابن نجيم: 277/5.

(62) التوضيح: 314/1.

وقد نبه المرحوم أبو زهرة إلى ما في تعريف المال على هذا النحو من فساد واستبعاد لبعض أفراد المعرف، من جهة أن من الأموال (ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هي. فهذا النوع من المال لا يدخل في عموم هذا التعريف مع إجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة، ويجري فيه التعامل. ومن ذلك أصناف من البقول والخضر ونحوها)[63]. ولعل تعريف ابن نجيم للمال في المذهب الحنفي أدق، إذ يعرفه بأنه (اسم لغير الآدمي، خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار)[64]. ويتفق مذهب الأحناف في إخراج المنافع من الأموال مع مذهبهم في الحكم بعدم ضمانهما في غير العقود.

170 ـ وقد عرف الشافعية المال تعريفاً أعم من ذلك، إذ تدخل فيه المنافع. ويذكر السيوطي أنه لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه. ويعرف المتموَّل بأنه هو كل ما يُقَدَّر له أثر في النفع. أما ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول[65]. ويعرف الزركشي المال بقوله: (المال ما كان منتفعاً به، أي مستعداً لأن ينتفع به، وهو إما أعيان أو منافع)[66]. ويشمل المال بهذا كل ما له أثر في النفع باستعداده وتهيئه، سواء كان عيناً أو منفعة أو حقاً من الحقوق المالية. ويضبطه بوجه عام أن ما أجاز الفقهاء بيعه أو رهنه أو الصلح عنه من الحقوق والمنافع وغيرهما كان من الأموال، وذلك كحق الأرش وحقوق الارتفاق وتعجيل المؤجل من الديون، بخلاف الحق في الشفعة فإنه لا يجوز الصلح عنه ببذل الأموال ولا بيعه وتبطل الشفعة بذلك[67]. وتقترب المالية بهذا من حدود التقوم والملك. ولا يختلف تعريف الشافعية للمال عن تعريف الجمهور له[68].

171 ـ ويعرف المال في التفكير القانوني بأنه الحق ذو القيمة المالية، سواء كان هذا الحق شخصياً أم عينياً. كما يعرف بأنه الحق الذي يمكن تقويمه بالنقود [69]. ويشمل المال Property في القانون الانجليزي المنقولات والعقارات والأشياء الأخرى التي يشكل الاعتداء عليها جريمة من الجرائم[70]، كما يشمل المنافع والديون [71]، والفوائد المتوقعة

(63) الملكية ونظرية العقد ص 51، والمدخل الفقهي العام للزرقا 315/3 وما بعدها.

(64) البحر الرائق: 277/5.

(65) الأشباه والنظائر ص 327.

(66) المنثور في القواعد للزركشي: 222/3.

(67) شرح المجلة لسليم رستم باز ص 41.

(68) انظر تعريف المجلة الشرعية للمال في المادة 182 بأنه (هو ما يباح نفعه مطلقاً أو اقتناؤه بلا حاجة).

(69) الوسيط للسنهوري: 103/1 وما بعدها.

(70) Criminal procidure Act, 1851, S.30.

(71) Conveyancing Act, 1881, S. 2.

والمحتملة[72]، والوثائق والأدوات التجارية[73]، وحقوق التأليف والإنتاج الذهني والفني والعلامات التجارية Trade Marks[74]. ولا يدخل في مال الشركة Company حصة رأس مالها غير المدفوع Unpaid Capital في رأي جمهرة القضاة الإنجليز[75].

وبهذا فإن كلمة (مال) ليست مصطلحاً فنياً، وإنما ينبغي صرفها إلى مدلولها العرفي الذي يفهمه الناس في استعمالاتهم المألوفة. ويعد من الأموال بهذا الاعتبار كل ما يتموله الناس وينتفعون به سواء كان ذلك من الحقوق الشخصية أو العينية. والحق الشخصي في التفكير القانوني عبارة عن رابطة بين الدائن والمدين، تقتضي قيام الحق في مطالبة الدائن المدين بعمل شيء أو امتناع عن عمل، وذلك كحق المستأجر في التمكن من الانتفاع. أما الحق العيني فهو سلطة يعطيها القانون لشخص في التصرف في شيء معين، وذلك كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق[76].

172 ـ ويقابل الحق الشخصي Personal Right ما يعرف في الفقه بالدين مما يتعلق بالذمة ومحله مقدار من النقود أو الأشياء المثلية. وينشأ الدين في الفقه الإسلامي بالاتفاق أو الضمان. وعبارة صاحب مرشد الحيران في ذلك: (الدين ما وجب في ذمة المديون، بعقد أو باستهلاك مال أو غصب)[77].

أما الحقوق العينية فتشمل حق الملك التام الذي ورد تعريفه في المادة الحادية عشرة من مرشد الحيران بلفظ: (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً). وتشمل هذه الحقوق كذلك حق ملك الرقبة وحدها[78] أو المنفعة دون الرقبة، مما يستحق بعوض أو بغير عوض[79]، وملك الانتفاع. ومن جنس هذه الحقوق كذلك حقوق الارتفاق المقررة على عقار لمنفعة عقار آخر[80]، وحق التتبع[81]، وغير ذلك مما يعد من قبيل الحقوق العينية التبعية التي تشمل حق الرهن وحق الحبس[81].

---

(72) Bankruptcy Act, 1914 S. 167.

(73) Matrimonial Causes Act, 1965, S. 26.

(74) Property Act, 1922, S. 188.

(75) Words and phrases legally defined, John B. Saunders, London, Butterworths, 1969 Vol. 4, P. 205.

(76) الوسيط للسنهوري: 103/1.

(77) مرشد الحيران، ومجلة الأحكام الشرعية مادة 190.

(78) مرشد الحيران: مادة 18.

(79) السابق: مادة 17، 24، 25؛ وقواعد ابن رجب ص 208.

(80) المادة 37 من مرشد الحيران.

(81) قواعد ابن رجب ص 208، والمادة الرابعة من مرشد الحيران، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري: 31/1.

173 ـ ويستنبط مما تقدم المعاني التالية:

ـ المال هو ما أباح الشارع الانتفاع به فيما ذهب إليه الجمهور، سواء كان عقاراً أو منقولاً أو منفعة أو انتفاعاً، خلافاً للأحناف الذين يحصرون الأموال في العقارات والمنقولات.

ـ يقترب التعريف القانوني للمال في روحه من تعريف الجمهور له.

ـ يرتبط الحكم بالضمان في المذاهب الفقهية بتعريف المال في هذه المذاهب، ويتأثر كل منهما بالآخر فيما أخذ به كل مذهب منها. يوضح ذلك أن الأحناف الذين لم يعتبروا المنافع من الأموال حكموا بعدم ضمانها. والشافعي اعتبر أهل الذمة مخاطبين بفروع الأحكام الشرعية والخمر محرمة عليهم لذلك، فذهب إلى عدم ضمانها لهم لو أتلفها مسلم أو ذمي. وكذلك فإن عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها مضمونة عند الأحناف باعتبارها أموالاً لطهارتها وحل الانتفاع بها في مذهبهم، خلافاً للشافعي الذي أنكر ماليتها ورأى عدم جواز الانتفاع بها لنجاستها بحكم كونها من أجزاء الميتة[82] يترتب الحكم بالضمان في كثير من الأمور المستحدثة كحقوق التأليف والابتكار الذهني أو الفني على تقرير ماليتها.

وفيما يلي ترتيب أنواع الأضرار المالية.

المطلب الأول: المنقولات

174 ـ ورد في المادة الثالثة من مرشد الحيران أن المنقول يطلق على كل مال يمكن نقله وتحويله. فيشمل العروض والحيوانات والمكيلات والموزونات والذهب والفضة. ويشمل البناء والغراس القائمين في أرض مملوكة أو موقوفة. ويبدو أن هذا هو تعريف

---

(82) يرجع هذا الخلاف إلى الخلاف في درك الوصف المعتبر عله للحكم بتحريم الميتة، فالشافعي اعتبر «الموت» هو علة التحريم على حين اعتبر الأحناف وصف الرطوبة المتنجسة للميتة هو علة الحكم بتحريمها. وذلك بناء على أن وصف الموت لا يصلح علة لهذا الحكم، لإلغاء الشارع لهذا الوصف في حكمه. بحل ميتة السمك والجراد. وهذه الأجزاء، موضع الخلاف، ليست رطبة فلا تكون نجسة تبعاً لذلك. وجلد الميتة قبل دبغه رطب فيكون نجساً فإن دبغ زالت نجاسته وحكم بطهارته. بدائع الصنائع: 142/5. ويرد الزنجاني الخلاف في ذلك إلى أن الحكم الشرعي يضاف إلى الأعيان عند الشافعية وإلى العلة عند الأحناف، ذلك أن الحكم بنجاسة الميتة عند الشافعية مضاف إلى وصف مرتبط بالعين نفسها، وهو الموت، على حين أن الحكم مضاف عند الأحناف إلى علته، وهو الرطوبة فيدور الحكم معها وجوداً وعدماً. ولذا يطهر جلد الميتة بالدباغ لزوال هذه الرطوبة به. وعظمها وصوفها ووبرها طاهر لانعدام هذه الرطوبة فيه. انظر في ذلك: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني.

الحنابلة للمنقول كذلك، فهو عندهم (الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر)[83]. غير أن المالكية يعتبرون البناء والشجر من العقار؛ فقد نصوا على أن (العقار حقيقة كالأرض والبناء والشجر)[84]. وتعريفهم للمنقول بذلك أنه هو ما أمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته. وليس كذلك البناء والغراس، فقد ينتقلان ولكن بعد تغيير صورتهما التي كانت لهما قبل النقل.

ويتفق[85] القانون المدني المصري في تعريف هذين المصطلحين مع تعريف المالكية؛ فقد جاء في صدر المادة ٦٨١ من هذا القانون أن (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول).

أما القانون الانجليزي فيعرف العقار Immovable Property بأنه كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات من أبنية وأشجار وغيرها وما يتعلق بذلك من المنافع والحقوق[86].

175 ـ ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين على ضمان الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال المنقولة، سواء رجعت هذه الأضرار إلى غصب هذه الأعيان أو إتلافها أو تعييبها ونقصانها أو كانت بتغيير صورتها أو الانتفاع بها. ويشترط الفقهاء لضمان المنقولات الشرطين التاليين:

(أ) مالية المنقول: لا يجب ضمان المنقولات التي لم تثبت في الشرع ماليتها. ولذا لا ضمان بإتلاف الميتة أو جلدها أو الدم وغير ذلك مما لم يبح الشارع الانتفاع به[87]. ومن جنسه أنه لا ضمان بإتلاف صيد الحرم أو ما صاده المحرم، (لأنه حرام الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالاً)[88]، وكذا لحم السبع (لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالاً)[88]. وأما جلد السبع والحمار والبغل، فإن كان مدبوغاً أو مذبوحاً اعتبر مالاً، لأنه (مباح الانتفاع به شرعاً فكان مالاً)[88].

وإن لم يكن مدبوغاً ولا مذبوحاً كان حكمه حكم الميتة فلا يعد مالاً. وما كان من المباحات العامة كالكلأ والماء والنار لم يجب ضمانها لأنها غير متمولة، ولا يبذل الناس

---

(83) مادة 197 من مجلة الأحكام الشرعية.

(84) الخرشي: 168/6، وحاشية الدسوقي.

(85) للمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري انظر: الفقه الإسلامي، مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه للدكتور محمد يوسف موسى ص 252؛ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص 65.

(86) Words and Phrases legally Defined, John B. Saundess 3/6 and Specific Relief Act, by M.A. Chaundry P. 10.

(87) بدائع الصنائع: 167/7.

(88) السابق: 141/5.

الأثمان فيها بحكم الشارع. ولذا (لو نزح ماء بئر رجل حتى يبست لم يضمن، إذ مالك البئر لا يملك الماء. بخلاف ما لو غصب ماء من الجب[89] فإنه يؤمر بإملائه لأنه ملكه) [90] بالإحراز في هذا الإناء. وعلى الرغم من انتفاء الضمان في أخذ الماء المباح فإن لمالك البئر أن يمنع الناس من الدخول إلى ملكه. ولأصحاب الأنهار الخاصة منع غيرهم حق الشفة وسقي حيواناتهم منها إن كان ذلك يؤدي إلى تخريب هذه الأنهار بكثرة الحيوانات الواردة إليها[91].

والكلأ والنار حكمهما حكم الماء في اشتراك الناس فيها شركة إباحة. وتعريف الكلأ في المادة 1242 من المجلة العدلية أنه هو (النبات الذي لا ساق له، فلا يشمل الشجر. والفطر أيضاً في حكم الكلأ). والنابت من ذلك في أرض عامة غير مملوكة لأحد مباح، لا يضمن من أخذه. ومثله الكلأ النابت في ملك إنسان بلا تعاطي سببه. أما إذا تعاطى سبب إنباته، (كما إذا سقى أرضه أو جعل لها خندقاً أو أعدها أو هيأها بوجه ما لأجل الإنبات فالنباتات الحاصلة في تلك الأراضي تكون ماله، لا يسوغ لآخر أن يأخذ منها شيئاً. فإن أخذ واستهلك كان ضامناً)[92]. أما الأشجار النابتة في الأرض المملوكة ولو لم يغرسها صاحبها أو يتسبب في إنباتها فإنها تكون له، وليس لغيره الاحتطاب منها إلا بإذنه، ويضمن من يفتات عليه في حقه[93].

(ب) **تقوم المنقول:** يثبت التقوم عند ابن نجيم بأمرين، أولهما المالية والثاني إباحة الانتفاع بالشيء المتمول من جهة الشرع. وعبارته في ذلك: (المالية إنما تثبت بتمول الناس كافة كلهم أو بتمول البعض. والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يعد مالاً كحبة حنطة، وما يكون مالاً بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوماً كالخمر. وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم)[94]. أما الكاساني فيرى أن المالية لا تثبت إلا بالتمول والتقوم معاً[95]. ومحل الخلاف بين التعريفين أن تعريف ابن نجيم للمال أقرب إلى المعنى اللغوي للفظ وأن تعريف الكاساني أقرب إلى الاصطلاح، وهو أوفق فالتعريف الفني للمال هو المطلوب.

176 ـ ويترتب على ذلك الترجيح ثبوت الضمان للمنقولات بوصف المالية المتضمن

---

(89) الجرّة الكبيرة.

(90) مجمع الضمانات: 128.

(91) شرح المجلة لسليم رستم ص 684.

(92) مادة 1241 من مجلة الأحكام العدلية.

(93) مادة 1244 من المجلة العدلية.

(94) البحر الرائق: 277/5، ورد المحتار لابن عابدين: 3/4.

(95) بدائع الصنائع: 141/5.

لمعنى التقوم. وقد اشترط بعض الفقهاء لضمان الأموال المنقولة كونها مملوكة لأحد مع تخريج عدم ضمان المباحات على غياب هذا الشرط. ويؤيد هذا الرأي أن من الأهداف التي شرع لها الضمان حماية حق الملكية والمنع من مزاحمة المالك في ملكه، لاختصاصه بما يملك[96]. لكن يلاحظ الكاساني أن تخريج عدم ضمان المباحات على فقد شرط التقوم أولى من تخريجه على فقد شرط الملكية الذي يراه (ليس بشرط لوجوب الضمان، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً)[97].

وإنما يشترط الضمان المنقولات كونها أموالاً مع تعريف المال بأنه ما يميل إليه طبع الإنسان ويتموله ويبذل الأثمان فيه ويبيح الشارع الانتفاع به ويوجب الشارع حمايته وعدم مزاحمة أصحاب الحق فيه.

177 ـ وقد انفرد الأحناف فيما بان لي من تتبع المذاهب بعدم اعتبار الدين مالاً. وقد نص الأحناف على رأيهم هذا في مسألة عدم الحنث بالحلف (أنه لا مال له، وله دين على مُفْلِس، أي محكوم بإفلاسه، أو على مليء غني، لأن الدين ليس بمال، بل وصف في الذمة لا يتصور قبضه حقيقة. ولهذا قيل إن الديون تقضى بأمثالها على معنى أن المقبوض مضمون على القابض، لأنه قبضه بنفسه على وجه التملك، ولرب الدين على المدين مثله فالتقى الدين قصاصاً)[98]. وليس هذا فحسب فإن بعض الأحناف ينكر ملك الدين، بناء على أنه وصف شرعي ثابت في الذمة. ويرى هذا البعض أن قيام الشركة في الدَّيْن على سبيل المجاز، (لأن الدين وصف شرعي لا يُمَلَّك)[99] والحق أنه يملك، وهو ما ذهب إليه الجمهور.

المطلب الثاني: العقارات

178 ـ يضمن العقار[1] Immovable Property بإتلافه إتلافاً كلياً أو جزئياً وبتفويت يد مالكه. وفي ذلك يذكر ابن نجيم (أن العقار مضمون إذا جحده المودَع وإذا باعه الغاصب وسلمه وإذا رجع الشاهد به بعد القضاء)[2]. وفي مجمع الضمانات حكاية الإجماع على

---

(96) انظر في تعريف الملكية الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 346، وللسيوطي ص 316 ، والمادة 11 من مرشد الحيران، والمادة 125 من مجلة الأحكام العدلية.

(97) بدائع الصنائع: 168/7.

(98) حاشية ابن عابدين 151/3 وما بعدها.

(99) السابق: 465/3.

(1) انظر تعريف العقار في قليوبي وعميرة: 191/3، والفقه الإسلامي وأدلته 46/4.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم 284.

الضمان فيما لو أتلف العقار بسكناه أو أنقصه بفعله، كما إذا حفر حفرة فيه أو نقل تراباً من أرضه أو قطع بعض أشجاره، لأنه إتلاف والعقار يضمن به[3]. وفي الأمثلة التالية ذكر بعض أنواع الأضرار التي تتعلق بالعقار.

ـ (لو أخذ من أرض إنسان تراباً، قالوا إن كان لذلك التراب قيمة في ذلك الموضع يضمن قيمة التراب، سواء تمكن به النقصان في الأرض أو لم يتمكن. وإن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع ينظر، إن انتقصت به الأرض ضمن النقصان وإلا فلا. ولا يؤمر بالكبس[4]، وقال بعضهم يؤمر بذلك)[5].

ـ وقع الحريق في محلة فهدم رجل بيت جاره حتى لا يحترق بيته يضمن قيمة بيت الجار، كمضطر أكل في المفازة طعام غيره. .)[6].

ـ (رجل هدم بيته فألقى تراباً كثيراً بزيق الجدار الذي بينه وبين جاره، ووضع فوقه لبناً كثيراً حتى مال الحائط أو هدم بنقضه، إن كان اللبن مشرفاً على الحائط متصلاً بحيث دخل الوهن في الحائط من ثقله فهو ضامن)[6].

ـ (حفر بئراً في ملكه فطمها رجل بترابها، قال الكرخي: أقومها محفورة وغير محفورة فيغرم فضل ما بينهما. ولو طرح فيها تراباً أجبر على إخراجه)[6].

179 ـ وكما يضمن العقار بالإتلاف والتعييب فإنه يضمن بالغصب والاستيلاء في مذهب المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الأحناف والشيعة الإمامية[7] خلافاً لما ذهب إليه كل من أبي حنيفة وأبي يوسف[8]. حجة الجمهور في جريان الغصب في العقار أنه يتحقق بإثبات اليد العادية وإزالة اليد المحقة، وذلك ممكن في العقار أيضاً، لأن إثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه، فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة. وهذا لأن اليد لا تعني إلا القدرة على التصرف، ومعنى زوال اليد فقد القدرة على التصرف، فإذا أثبت الغاصب يده انتفت يد المالك. ويستدل الجمهور لمذهبهم بقوله ﷺ: «من غصب شبراً من أرض طوقه الله من

---

(3) مجمع الضمانات: 126.

(4) الكبس معناه تسوية الأرض بإعادة مثل التراب المأخوذ منها.

(5) السابق: 127.

(6) السابق: 129.

(7) حاشية الدسوقي 443/3، والجمل 470/3، وكشاف القناع 77/4، والبحر الرائق 126/8، وشرائع الإسلام: 235/3.

(8) بدائع الصنائع 145/7، والفتاوى الغياثية 115، والمبسوط للسرخسي: 73/11، وتبيين الحقائق: 224/5 وابن عابدين 130/5، ومجمع الضمانات: 117، والفتاوى الهندية: 120/5.

سبع أرضين»، حيث أطلق لفظ الغصب على العقار. ومن أدلتهم صحة إطلاق لفظ الغصب على العقار في العرف، حيث يقال غصب دار فلان وأرضه وعقاره. ويقيس الجمهور ضمان العقار بالغصب على ضمانه بالإتلاف والتعييب[9].

أما حجة الشيخين - أبي حنيفة وأبي يوسف - لمذهبهما فتتمثل في أن الغصب الموجب للضمان هو إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال نفسه، ولم يوجد في العقار، لأن يده لا تزول عن المغصوب إلا بنقله وتحويله وتغييبه عن مالكه على نحو لا يقف على مكانه، مما يجعله في حكم التالف، والعقار لا يحتمل النقل ولا التحويل فلم يوجد الإتلاف حقيقة ولا تقديراً فينتفي الضمان. ولذا لو غصب شخص العقار فأتلفه آخر فالضمان على المتلف، لأن الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الإتلاف[10]. ويخالف محمد في ذلك ويرى تخيير المالك بين تضمين الغاصب أو المتلف، بناء على مذهبه في جريان الغصب في العقار.

180 - ويميل السرخسي فيما يبدو إلى مذهب الجمهور. وينقل أن الحكم بضمان العقار بالغصب كان قولاً لأبي يوسف، وأنه هو الاستحسان، من جهة أنه. لا يشترط النقل فيما لا يتأتى فيه لإثبات الغصب ويقام غيره مقامه، وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى وإخراج المالك عنه، كما أن شرط صحة الدعوى والشهادة الإشارة إلى العين في المنقول الذي يمكن إحضاره، ثم في العقار لما تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه)[11].

وإنما يظهر الخلاف فيما لو هلك العقار في يد الغاصب بآفة سماوية، حيث لا يضمن في مذهب الشيخين لإضافة التلف إلى غير فعله؛ ففي مجمع الضمانات أن (العقار لا يتحقق فيه الغصب عند الشيخين خلافاً لمحمد. فإذا غصب عقاراً فهلك في يده بأن انهدم بآفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء أو أشجاره أو غلب السيل على أرض فبقيت تحت الماء لا يضمنه عندهما. وقال محمد: يضمنه، وهو قول أبي يوسف أولاً. وبه قال الشافعي)[12].
أما الجمهور فقد أخذ بالمسئولية المطلقة للغاصب وإن لم يثبت تسبب فعله في التلف. ولا يجب على المتضرر إلا إثبات تعديه بالحيازة والاستيلاء على العقار لقيام مسئوليته عما يحدث لهذا العقار، سواء حدث بفعله أو بغير فعله، وكأنه مسئول عن إعادة تسليم العين المغصوبة لصاحبها كما أخذها، وأن تعديه وخطأه هو عجزه عن تحقيق هذه الغاية وعدم وفائه بها.

(9) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 151/5، وتبيين الحقائق: 224/5 وحاشية الجمل 471/3، ونهاية المحتاج 148/5، وحواشي الشرواني وابن قاسم على التحفة 7/6.
(10) بدائع: 146/7.
(11) المبسوط: 74/11.
(12) مجمع الضمانات: 126.

181 - وقد ترتب على الرأي المفتي به في المذهب الحنفي، وهو عدم ضمان العقار بالغصب، عدد من الأحكام التي لا تتفق مع ما يوجبه الشرع من عدل وما قصد إليه من حماية حق الملك. من ذلك أنهم رأوا أنه لا ضمان على الغاصب لو استولى على أرض فيها زرع نابت، وهو قصيل، فهلك القصيل أو يبس، إذا لم يوجد النقل. ويضمنه لو أتلفه بفعله. أما لو أتلفه شخص آخر فإنه هو الذي يضمن لا الغاصب. وكذلك لو غصب كرماً فيه أشجار فيبست لا يضمن الأشجار إذا لم يكن التلف بفعله. ولو قطع الأشجار ضمن، ولو قلعها آخر كان الضمان على القالع. ولو هدم بيتاً يضمن قيمته مبنياً لا قيمة العرصة، لأنها قائمة والغصب لا يجري في العقارات[13]. وإنما ضمن البناء لأنه من المنقولات في تعريف الأحناف لها[14]، ولأنه أتلفه بفعله فيعد متعدياً. ولا يخفى أن اشتراط استئناف التعدي في المنقولات الثابتة على العقار المغصوب للحكم بضمانها مبني على مذهب الأحناف في أن غصب العقار لا يوجب الضمان.

وقد ترتب على رأي الأحناف في عدم ضمن العقار بالغصب أحكام تتسم بالغرابة في المنطق العام. من ذلك ما ورد في مجمع الضمانات أنه (لو غصب أرض خراج فزرعها كان الخراج على رب الأرض)[15]، في حين أن الخارج من الأرض وغلتها من حق الغاصب في المذهب، ولا يضمن لصاحب الأرض إلا مقدار ما نقصته زراعتها، ويطيب له الفضل بين ما غرمه في نقصانها وبين ما خرج له منها. ولا يجب عليه التصدق بشيء من ذلك عند أبي يوسف، خلافاً لغيره من أئمة المذهب الذين أوجبوا على الغاصب التصدق بهذا الفضل[16] ووجه الغرابة في ذلك أن إيجاب الخراج على المالك مع الحكم باستحقاق الغاصب لغلتها فيه ظلم للمالك ومكافأة للظالم على ظلمه وتعديه.

182 - وقد اضطر متأخرو الأحناف إلى الأخذ برأي محمد بن الحسن في غصب العقار الموقوف، وأفتوا بضمان غاصبه حفظاً لمصلحة مستحقيه، إن هلك في يده بآفة سماوية[17]. وإذا كانت مصلحة الموقوف عليهم ليست أولى في الاعتبار شرعاً من مصلحة أرباب العقارات فإنه كان من الواجب على متأخري الأحناف أن يطبقوا معياراً واحداً وأن ينتهوا إلى الإفتاء بقول محمد وزفر في ضمان العقارات.

---

(13) السابق: 126 وما بعدها.

(14) المادة الثالثة من مرشد الحيران.

(15) مجمع الضمانات: 128.

(16) حاشية ابن عابدين: 132/5، وتبيين الحقائق: 225/5.

(17) الأشباه والنظائر لابن نجيم: 284، وشرحه للحموي 99/2، ومجمع الضمانات 126، والبحر الرائق 126/8.

والخلاصة أن مذهب الجمهور في ضمان الأضرار المتعلقة بالعقارات بأي نوع من أنواع التعدي أثبت دليلاً وأوفق في التعبير عن مقصد الشارع إلى حفظ حقوق الملكية في العقارات والمنقولات على السواء.

المطلب الثالث: المنافع

183 ـ المنفعة ما كان من قبيل الأعراض كسكنى الدار وركوب الحيوان[18] وعمل الإنسان. وهي لفظ عام يطلق على كل ما ينتفع به، طبقاً لما جاء في اللسان والمحيط. وتشمل المنافع بذلك كلا من منافع الأموال ومنافع الإنسان. وقد تنازع الفقهاء بناء على هذا التحليل للمنافع في الأمور التالية:

ـ ورود التعدي بالغصب أو الإتلاف على المنافع باعتبارها أعراضاً لا تبقى زمانين.

ـ مالية المنافع.

ـ ضمانها.

ويرى الأحناف أنه لا سبيل إلى ورود الغصب أو الإتلاف على المنافع باعتبارها أعراضاً لا بقاء لها، لفنائها بطبيعتها وتجدد حدوثها شيئاً فشيئاً[19]، فلا يتعلق بها فعل الغاصب أو المتلف. ولعل هذا التحليل صحيح في أساسه من الناحية الفلسفية، غير أنه لا يصح من الناحية الحقوقية حيث لا يشترط تحيز المغصوب وبقاؤه في الزمان لتحقق غصبه أو إتلافه في العرف وتقدير الناس. وهم لذلك يقولون غصب فلان منفعة هذه الدار سنة ثم ردها على صاحبها أو فوّت منفعتها وأتلفها دون أن يثير ذلك في نفوسهم أي إحساس بالتناقض المنطقي. وإذا تعذر التعدي على المنفعة لعدم بقائها من الناحية المنطقية فإن حبس محلها يعد سبباً كافياً لقيام هذا التعدي. ويجب الالتفات إلى حقيقة اختلاف النظر الحقوقي في أي نظام قانوني عن النظر الفلسفي في المقصد والأساس؛ فمقصد النظر الحقوقي هو تحقيق العدل ورفع الظلم وأساسه هو المواضعات العرفية والاجتماعية، على حين يسعى النظر الفلسفي إلى إدراك الماهية والكنه على أساس من التحليل المنطقي والعقلي. ويفسر ذلك الإحساس الذي يرد إلى ذهن الرجل العادي بغرابة ادعاء أن المنافع لا سبيل إلى إتلافها لعدم بقائها أزماناً.

184 ـ وينازع فقهاء المذهب الحنفي كذلك في اعتبار المنافع أموالاً، حسبما سلفت الإشارة إليه. يقول صدر الشريعة في ذلك: (والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال، لأن الملك

---

(18) شرح المجلة لسليم رستم 318.

(19) شرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي: 698/2، والمبسوط: 87/11.

ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة)[20].

والتحقيق عند الجمهور أن المنفعة مال، بل هي الغرض الأظهر من الأموال، إذ لا يحرص الناس على الأعيان ولا يقتنونها ويبذلون الأموال في الحصول عليها إلا لما تجره من منافع. فإذا أهدرنا مالية المنافع أدى ذلك إلى إهدار مالية الأعيان من باب أولى، بحكم أن المنافع هي المقصود المباشر والأعيان هي الوسيلة إليها ويؤدي إهدار مالية أي منهما إلى منافاة قصد الشارع وأعراف الناس.

185 ـ وقد أدى الخلاف في تحليل المنافع وفي ماليتها إلى اختلاف الفقهاء في ضمان الأضرار المتعلقة بماليتها. ولهم في ذلك ثلاثة اتجاهات:

(أ) موقف النافين لضمان المنافع. وهو رأي الأحناف.

(ب) موقف المثبتين لضمان المنافع بالتفويت دون الفوات. وهو مذهب المالكية في منافع الأموال، كما أنه هو مذهب الإمامية والراجح من مذهب الشافعية في ضمان منافع الإنسان الحر.

(جـ) موقف المثبتين لضمان المنافع مطلقاً، سواء فوتها المعتدي واستفاد بها أو فاتت عنده وعطلها، كما لو غصب داراً ولم يسكنها، وسواء كانت المنفعة منفعة مال (عقار أو منقول) أو منفعة إنسان. وهذا هو الراجح من مذهب الحنابلة وهو الرأي المرجوح في المذهب الشافعي. وإنما يقوم هذا النظر على إيجاب ضمان المنفعة بإتلافها جبراً للضرر الواقع على المستحق للمنفعة. وهذا النظر الموجب لضمان المنافع بإطلاق أبلغ في تحقيق المقصد الشرعي: رفع الضرر، وأعون على صياغة قاعدة عامة لضمان الأضرار الناشئة عن التعدي، سواء تعلق الضرر بالأعيان أم بالمنافع.

وفيما يلي بيان هذه المذاهب ومناقشة أدلتها:

مذهب الأحناف:

186 ـ المنافع غير مضمونة عند الأحناف، سواء استوفاها الغاصب وانتفع بها أو فاتت عنده وعطلها ولم يستفد بها، (فإذا استعمل عبداً أو حراً قهراً أو أمسكه زماناً ولم يستعمله لا يضمن شيئاً)[21]. لكنه يضمن ما ينقصه الاستعمال للأموال. جاء في الهداية: (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان.. ولا فرق بين ما إذا عطلها

(20) التوضيح لعبيد الله بن مسعود: 314/1.

(21) مجمع الضمانات: 130.

أو سكنها)[22]. ولا تعلق لإيجابهم ضمان نقصان أعيان الأموال الناشىء عن الاستعمال بنفيهم ضمان المنافع، لارتباط النقصان بأعيان الأموال باعتباره إتلافاً جزئياً لهذه الأعيان. وفي المبسوط أنه (ليس على الغاصب في سكنى الدار وركوب الدابة أجر)[23].

187 ـ ومن أدلة الأحناف لمذهبهم أن (المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة. وبيانه أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول. والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة. والمنافع لا تبقى وقتين ولكنها أعراض، كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول. . وعلى هذا نقول: الإتلاف لا يتصور في المنفعة أيضاً، لأن فعل الإتلاف لا يحل المعدوم، وبعد الوجود لا يبقى لحله فعل الإتلاف، وإثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز. فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز والتقوم شرعاً بخلاف القياس)[24] .

ولا يسلم الخصوم بهذا الدليل الذي يقوم على نفي التقوم والمالية عن المنافع إلا بالعقد. ومن أدلة الأحناف على عدم ضمان المنافع أن الضمان مقيد بالمثل، ولا تمكن المماثلة في تضمين المنافع؛ إذ لو وجب ضمانها لكان سبيله دفع أعيان الأموال في مقابلة المنافع، وأعيان الأموال لا تماثلها فوجب إهدارها لذلك. يقول صدر الشريعة في هذا المعنى: (التقيد بالمثل واجب في كل باب، كالأموال كلها والصلاة والصوم ونحوهما. ووضع الضمان عن المعصوم جائز في الجملة كإتلاف العادل مال الباغي والحربي مال المسلم. والفضل[25] على المتعدي غير مشروع أصلاً، قال الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾. ويلزم منه، أي من إيجاب الفضل على المعتدي نسبة الجور ابتداء إلى صاحب الشرع. . لأن المال المتقوم لا يماثل المنفعة، فلو وجب يكون التفاوت مضافاً إلى الشارع ولذا لا يجوز. أما عدم الضمان فمضاف إلى عجزنا عن الدرك، أي إن قلنا بعدم الضمان فإنما نقول به لعجزنا عن درك المثل، فإن وقع جور يكون منسوباً إلينا لا إلى الشارع)[26].

ويقوم هذا الدليل على نفي تقوم المنافع وماليتها وعدم إمكان المماثلة في ضمانها تبعاً لذلك، إذ لو وجب الضمان لتعين بذل الأعيان المتقومة في المنافع غير المتقومة. ولا يخفى أن هذا الاستدلال لا يستند إلى قاعدة شرعية أو عرفية، وسيأتي أن المماثلة قد تكون

(22) تكملة فتح القدير: 281/8.
(23) المبسوط للسرخسي: 79/11.
(24) السابق: 79/11.
(25) أي الزيادة عن المثل بإيجاب ضمان المنافع ببذل الأعيان في مقابلتها.
(26) التوضيح: 622/2.

حقيقية برد المثل أو حكمية كرد القيمة عند تعذر المثل.

188 ـ وأقوى أدلة الأحناف على مذهبهم قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[27]. ويفيد هذا الحديث بظاهره أن الضمان سبب مستقل لاستحقاق الخراج. وإذا كان الحديث قد ورد في واقعة معينة، وهي واقعة الرد بالعيب، فإن لفظه عام يشمل الغاصب وغيره، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما هي القاعدة الأصولية[28]. ولذا لا يضمن المشتري منافع المبيع المعيب إذا رده على البائع، ولا الغاصب منافع المغصوب لأن العين كانت في ضمانهما وتهلك عليهما لو هلكت في يدهما. وقضيته أن منافع المغصوب وغلته للغاصب بحكم ضمانه.

ويرد على هذا الاستدلال الوجوه التالية:

الأول: مخالفة عدد كبير من الأصوليين في إفادة العموم للألفاظ التي تحتمله إذا وردت في سبب خاص، وعند هؤلاء أن اللفظ العام إذا ورد في سبب خاص حمل عليه واختص به. وينسب الزنجاني وغيره هذا الرأي للشافعي، ومالك، وأبي ثور، والمزني، والقفال الشاشي، وأبي بكر الدقاق. وحجتهم أن اللفظ (نص في حق السبب إجماعاً حتى لا يجوز تخصيصه بدليل. وكون اللفظ نصاً في محل السبب دليل على أنه لم يتناول غيره، إذ لو تناول غيره لتناوله على وجه الظهور حتى يجوز تخصيصه وإخراجه بالدليل المخصص. ولو تناول غيره على وجه الظهور وجب ألا يتناول محل السبب على وجه النص، لأن اللفظ العام إذا كان مستغرقاً متناولاً مسميات لا يكون متناولاً للبعض على سبيل الظهور والبعض على وجه النص، لأن نسبة اللفظ العام إلى جميع المسميات نسبة واحدة)[29]. ويعني ذلك في خصوص حديث الخراج بالضمان أن الحكم للمشتري بالغلة في مقابل الضمان هو منصوص الحديث فلا يتناول الحكم بالخراج للغاصب إلا على وجه الظهور، وهو ما لا يصح، لاقتضاء ذلك أن يدل اللفظ العام على بعض مسمياته بوجه النص والبعض الآخر بوجه الظهور، وهو ما يخالف المبدأ القاضي بوجوب استواء نسبة أفراد العموم إلى لفظه ودلالته عليها.

---

(27) روي هذا الحديث عن عائشة بلفظ أن النبي ﷺ قضى أن الخراج بالضمان. وفي بعض طرقه ذكر السبب وهو أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله، ثم وجد به عيباً فرده بالعيب. فقال البائع: غلة عبدي؟ فقال النبي ﷺ: الغلة بالضمان. وهذا الحديث أخرجه أحمد في مسنده: 49/6، 208، 237، والترمذي في كتاب البيوع، وأبو داود، وابن ماجة في كتاب التجارات. وهو حديث صحيح، انظر: نيل الأوطار: 326/5، والتلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: 22/3.

(28) انظر هذه القاعدة في المعتمد: 279/1، وجمع الجوامع: 2/ 38 والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص 240.

(29) تخريج الفروع على الأصول: 360.

والثاني: أن عموم لفظ الحديث مخصص بأدلة أخرى غير السبب الذي ورد فيه الحديث. من ذلك قوله ﷺ: «ليس لعُرق ظالم حق»[30]، فإن نفي أي حق للظالم يقتضي نفي حق الغاصب في منفعة المغصوب. ومما يخصص عموم لفظ الحديث قواعد الشريعة القاضية برفع الضرر وبتحديد أسباب الكسب الطيب، مما لا يشمل التعدي على منافع الغير والاستبداد بها. وبذا يحمل عموم الخراج بالضمان على ما إذا نشأ هذا الضمان بسبب مشروع يقره الشارع، وذلك كالملك بالنسبة للمشتري قبل الرد بالعيب. أما إذا نشأ الضمان بسبب غير مشروع كالغصب فلا يقتضي استحقاق الخراج، حتى لا يكون التعدي سبباً للكسب، وحتى لا يقر الغاصب على غصبه، ولأن المنافع تطرأ على ملك المغصوب منه فيتعلق بها حقه ويحرم منها الغاصب لتعديه. وبهذا فإن مما يناسب مسلك الشريعة تخصيص الخراج بالضمان الناشىء عن سبب مشروع.

والثالث: أن حمل الحديث على العموم قد أوقع في التناقض مع قواعد الشريعة. يظهر ذلك فيما أفتى به الأحناف من أن الغاصب لو أجر المغصوب استحق الغلة أو الأجرة لنفسه، ولا يستحقها رب المال. ومذهب أبي يوسف أنها تطيب للغاصب وتحل له شرعاً، بناء على أن العين كانت في ضمانه. ومذهب أبي حنيفة ومحمد أنها لا تطيب للغاصب ولا تحل له، حتى لا يكون التعدي سبباً للكسب. والتناقض في مذهب أبي حنيفة ومحمد أن المنافع إذا لم تطب للغاصب شرعاً وجب ردها إلى صاحبها. أما مذهب أبي يوسف فإنه يتناقض مع مسلك الشرع في نفي أن يكون التعدي سبباً للكسب المشروع. ومن جهة أخرى فإن عموم الحديث لا يبرر مذهب الأحناف في جميع الأحوال؛ فإن الغاصب إذا أجر الدار وقلنا إنه يستحق الأجرة لنفسه لزم من ذلك أنه استحق خراج ما لم يضمن، لأن العقار غير مضمون على الغاصب في مذهب الأحناف حسبما تقدم.

ولا يستقيم لذلك مذهب الأحناف في عدم ضمان المنافع ويؤدي إلى ضياع حقوق الناس.

189 ـ وقد استنبط الأحناف من حديث الخراج بالضمان قاعدة تؤيد مذهبهم في عدم ضمان المنافع، هي قاعدة: الأجر والضمان لا يجتمعان. ويتفرع على هذه القاعدة الحكم بعدم ضمان المستأجر الأجرة في المنفعة الزائدة عن المشروط، كما لو أستأجر دابة إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلكت الدابة، فإنه يلزمه الضمان ولا أجر عليه [31]، وكذا لو عين المؤجر له طريقاً فذهب إلى المحل المشروط من طريق آخر[32]، وكذا لو اتفقا

(30) انظر طرق هذا الحديث وتخريجه في نيل الأوطار: 6/ 66.

(31) مادة: 546 من العدلية.

(32) السابق: مادة 547.

على وقت فزاد المستأجر فيه[33]، أو استأجرها للركوب فاستأجرها للحمل[34]، أو إذا شرط على المستأجر الركوب بنفسه فأركبها غيره[35]، وكذا لو ضربها بدون إذن صاحبها سواء كان ذلك على الوجه المتعارف أم لا[36] في مذهب أبي حنيفة، وهو الذي عليه الفتوى[37] في المذهب. لكن لو أذن له في ضربها فإنه يتقيد بالضرب المعتاد وإلا ضمن[38]. ولا يضمن المتعدي في جميع هذه الأمثلة أجرة الدابة، لدخولها في ضمانه، وحتى لا يجتمع عليه الأجر والضمان.

ويختص عدم اجتماع الأجر والضمان باتحاد السبب والمحل. وأما إذا اختلفا فلا يمتنع اجتماع الأجر والضمان، وذلك كما لو استأجر دابة على أن يركبها بنفسه إلى محل معين فأردف معه غيره ممن يستمسك بنفسه، وبعد وصوله إلى ذلك المحل هلكت الدابة، فإنه يضمن الأجرة مع نصف القيمة، لتلف الدابة بفعل مأذون فيه وآخر غير مأذون فيه فلا يضمن إلا نصف القيمة مقابل تعديه بإركاب غيره. وإنما وجبت عليه الأجرة لأنه استوفى المنفعة المعقود عليها، فكان الأجر لسبب والضمان لسبب آخر[39].

ويرد على هذه القاعدة ما ورد على قاعدة الخراج بالضمان، لاستنادها إليها، فضلاً عن أنه لا تنافي بين إيجاب الضمان ووجوب الأجرة لاستقلال السبب الموجب لكل منهما.

استثناءات متأخري الأحناف:

190 ـ أفتى متأخرو الأحناف باستحسان ضمان المنافع في ثلاث صور. وفي ذلك يقول ابن عابدين: منافع الغصب استوفاها (أي الغاصب) أو عطلها. . لا تضمن عندنا إلا في ثلاث، فيجب أجر المثل على اختيار المتأخرين:

1 ـ (أن يكون المغصوب وقفاً للسكنى أو للاستغلال).

2 ـ (أو مال يتيم).

3 ـ (أو معدًا للاستغلال، بأن بناه «أي المغصوب منه» لذلك، أو اشتراه لذلك. قيل أو آجره ثلاث سنين على الولاء)[40].

(33) السابق: مادة 548.
(34) السابق: مادة 548.
(35) السابق: مادة 550.
(36) السابق: مادة 556.
(37) شرح المجلة لسليم رستم باز ص 300.
(38) المادة: 557 من المجلة العدلية.
(39) شرح المجلة لسليم رستم باز ص 58.
(40) حاشية ابن عابدين 131/5، 145.

ويلتحق بذلك تضمين منفعة اليتيم نفسه؛ فلو أن (يتيماً لا أب له ولا أم استعمله أقرباؤه في أعمال شتى بلا إذن الحاكم وبلا إجارة له طلب أجر المثل بعد البلوغ إن كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوي أجر المثل)[41].

وعلى الرغم من أن مجلة الأحكام العدلية قد اتبعت مذهب الأحناف في عدم ضمان المنافع فقد تضمنت هذه الاستثناءات التي أفتى بها المتأخرون[42]، بناء على ما لاحظوه من طمع الناس في مال الوقف واليتيم وحملاً لمسلك المنتفع بالمعد للاستغلال على رضائه بدفع أجر المثل، وللحاجة إلى حماية هذه المشروعات الصغيرة من جشع بعض المترددين عليها. ومع ذلك فإن هذه الاستثناءات تضعف حجج الأحناف على أصل مذهبهم، كما أنها تقرب بين هذا المذهب وبين مذهب الجمهور في ضمان المنافع.

191 ـ ويشترط لضمان منفعة المعدّ للاستغلال في المذهب الحنفي ألا يجري الانتفاع به بتأويل ملك، خلافاً لمنفعة الوقف واليتيم فإنها مضمونة بكل حال. وقد جاء في المادة 596 من المجلة النص على ذلك، ولفظها: (لو استعمل واحد مالاً بدون إذن صاحبه كان غاصباً فلا يلزمه ضمان منافعه. ولكن إذا كان ذلك المال مال وقف أو مالَ صغير فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة، أي أجر المثل، بكل حال. وإن كان معدًّا للاستعمال فإنما يلزمه ضمان المنفعة، أي أجر المثل، إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد.

(مثلاً لو سكن أحد في دار آخر مدة بدون عقد إجارة لا تلزمه الأجرة).

(لكن إن كانت الدار وقفاً أو مال صغير فعلى كل حال، يعني إن كان ثمة تأويل ملك أو عقد أو لم يكن، يلزم أجر مثل المدة التي سكنها.

(وكذلك إذا كانت دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد يلزم أجر المثل. وكذا لو استعمل أحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها يلزم أجر المثل).

وتنص المادة 597 من المجلة العدلية على دفع ضمان منفعة المعدّ للاستغلال إذا جرى استعماله بتأويل ملك. ولذلك لو (تصرف أحد الشركاء في المال المشترك بدون إذن شريكه فليس للشريك الآخر أخذ أجرة حصته، لأنه استعمله على أنه ملكه)[43]. وكذلك تنص المادة 598 من المجلة على نفي ضمان منفعة المعدّ للاستغلال إذا جرى الانتفاع به بتأويل عقد. فعلى سبيل المثال (لو باع واحد من آخر حانوتاً يملكه بالاشتراك مع غيره، وذلك بدون إذن شريكه، وتصرف فيه المشتري مدة ثم لم يجز البيع الشريك الآخر،

---

(41) السابق.

(42) مادة: 596 من المجلة العدلية.

(43) المادة المذكورة: 597 من العدلية.

واسترد حصته من المبيع فليس له أن يطالب بأجرة حصته وإن كان الحانوت معداً للاستغلال، لأن المشتري استعمله بتأويل عقد، بمعنى أنه تصرف فيه بحكم عقد البيع، فلا يلزمه ـ من ثم ـ ضمان المنفعة)[44].

وتباعد هذه الشروط الواردة على تضمين منفعة المعد للاستغلال بين مذهب الجمهور في ضمان المنافع وبين ما أخذت به المجلة العدلية في هذه المسألة، كما تدل على رغبة القائمين على المجلة في الالتزام بأصل المذهب الحنفي.

مذهب المالكية:

192 ـ يفرق المالكية في ضمان المنفعة بين الغصب والتعدي. والغصب عندهم هو القصد إلى الاستيلاء على العين، أما التعدي فهو التصرف في الشيء تصرفاً يؤدي إلى إتلافه، كحرقه، أو إتلاف بعضه، أو إتلاف منفعته، سواء باستيفائها أو بتعطيلها[45]. وإنما يختلف التعدي عن الغصب ـ في اشتراط السببية بين فعل المتعدي والضرر، فلا يكون مسئولاً لهذا عما يحدث بآفة سماوية فيما نص عليه الخرشي[46]. أما الغاصب فإنه مسئول مسئولية مطلقة عما يلحق بالمغصوب من ضرر، سواء نشأ ذلك بفعله أو بآفة سماوية.

193 ـ وإجمال مذهب المالكية في ضمان المنافع فيما يلي:

(أ) اعتبر المالكية المنافع مما يلحقه الغصب أو الإتلاف وأنها أموال متقومة، خلافاً للأحناف.

(ب) إذا قصد الغاصب الاستيلاء على العين فإنه يضمنها ولا يضمن المنافع إلا بالتفويت دون الفوات. وبهذا يضمن الغاصب للعين كلاً من العين نفسها ونقصانها ومنفعتها إذا انتفع بها، لتعدد المضمون فيتعدد الواجب. ولا يتداخل عندهم ضمان المنفعة في ضمان العين، كما هو مقتضى القاعدة الحنفية: الأجر والضمان لا يجتمعان.

(جـ) أما إذا قصد المتعدي الاستيلاء على المنفعة فإنه يضمنها مطلقاً، سواء فوّتها وانتفع بها، أو فاتت منه وعطلها، فلو استولى على أرض بقصد زراعتها دون أن يقصد تملكها فإنه يضمن منفعتها. ولو كانت سيارة فتلفت العين بآفة سماوية ضمن المنفعة، (لأنها هي التي تعدى عليها)[47]، ولم يضمن العين، لأنه في التعدي لا يسأل إلا عن الضرر الذي

---

(44) مادة: 598 من العدلية.

(45) انظر الفرق بين التعدي والغصب وتعريفهما في الخرشي: 148/6، وتقنين الشريعة على مذهب مالك 212/2.

(46) الخرشي: 148/6.

(47) حاشية الدسوقي: 452/3.

تسبب فيه. ولا يشترط التفويت للمنفعة في الضمان بالتعدي، خلافاً للغصب؛ ففي حاشية الدسوقي: (إذا غصب أرضاً وبوّرها، فإن قصد غصب الذات فلا كراء عليه، وإن قصد غصب المنفعة لزمه كراء مثلها)[48]. وكذا لو تصرف غاصب الذات بهبتها واختار المالك تضمين الغاصب فليس له إلا قيمة الذات. لأن الغاصب لم يستوف المنفعة[48].

(د) منفعة بدن الحر مضمونة عند المالكية بالتفويت دون الفوات؛ ففي حاشية الدسوقي أن منفعة الحر مضمونة بالاستيفاء والاستخدام كأن يؤجره أو يجبره على العمل. أما لو حبس الحر حتى فاته عمل من تجارة ونحوها فإن منفعته هذه لا تضمن[49]. ولا يطرد هذا مع ما ذهبوا إليه في إيجاب ضمان المنافع إذا قصد المعتدي الاستيلاء عليها، وتضمينهم للمعتدي في أحوال الاستيفاء والتعطيل. ولا يطرد مذهبهم إلا بإيجاب ضمان المنافع في كل حال.

مذهب الشافعية:

194 ـ يفرق الشافعية بين المنافع المتقومة التي أباح الشارع الانتفاع بها وبين المنافع غير المتقومة التي لم يجز الشارع الانتفاع بها، ويوجبون ضمان المنافع المتقومة وحدها. وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام: (وأما المنافع فضربان: أحدهما منفعة محرمة كمنافع الملاهي.. فلا جبر لهذه المنافع احتقاراً لها، كما لا تجبر الأعيان النجسة لحقارتها. فإن استوفى شيئاً منها بغير مطاوعة من ذي المنفعة فلا يجبر شيء منها إلا مهر المزْني بها كرهاً أو شبهة. ولا يجبر مثل ذلك في اللواط، لأنه لم يتقوم قط فأشبه القبل والعناق. الضرب الثاني أن تكون المنفعة مباحة متقومة فتجبر في العقود الفاسدة والصحيحة والفوات تحت الأيدي المبطلة والتفويت بالانتفاع، لأن الشارع قد قومها ونزلها منزلة الأموال. فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف، لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية أو داراً قيمتها في كل سنة ألف درهم وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها. ولو لم تلزمه قيمتها لكان ذلك بعيداً عن العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه)[50].

195 ـ ويستدل الشافعية على مذهبهم في ضمان المنافع بالأدلة التالية:

(أ) المنافع من الأموال، بكونها (الغرض الأظهر من جميع الأموال) في تعبير العز، بل هي أحق بوصف المالية من الأعيان بتعبير الزنجاني الذي يذكر أن الأعيان (لا تسمى

---

(48) السابق: 449/3.

(49) السابق: 454/3.

(50) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: 183/1.

مالاً، إلا لاشتمالها على المنافع ولذلك لا يصح بيعها بدونها)[51].

وينطلق الشافعية في تسويتهم بين المنافع والأعيان في المالية من تحليلهم لطبيعة المنافع؛ فهم يرون أن حقيقتها هي (تهيؤ الأعيان واستعدادها وشكلها لحصول الأغراض منها)[52]. ولذا تجب الأجرة عندهم بمجرد العقد، بناء على تهيؤ العين لحصول المقصود منها[53]، خلافاً للأحناف الذين لا يرون وجوب الأجرة بعقد الإجارة، بل بتعجيل الأجرة أو اشتراط ذلك التعجيل أو استيفاء المعقود عليه، على أساس أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً، حسب حدوث المنافع المعدومة وتواليها في الزمان بفعل المنتفع في العين[54]. ويعني تهيؤ الأعيان لحصول المنافع استعدادها لتولد المنافع عنها، ولذا يمكن مقابلتها بالأجرة دفعة واحدة في عقد الإجارة أو ببدلها في الإتلاف، سواء استفاد بها المتعدي أم عطلها ولم يستفد بها. وبهذا التحليل فإن المعقود عليه في الدار هو تهيؤها للانتفاع بالسكنى والكتاب بالقراءة والدابة بالركوب والحمل. وهذه الاستعدادات للانتفاع هي المضمونة بالإتلاف كذلك.

ويرد الشافعية إنكار الأحناف مالية المنافع بناء على كونها مجرد أفعال يحدثها الشخص المنتفع في أعيان الأموال بأن الأحكام الشرعية مبنية على الاعتقادات العرفية لا على الحقائق العقلية. ولذا حكم الشرع بماليتها وأجاز المعاوضة عليها في عقد الإجارة[55]. وقاس الشافعية على ذلك جواز أن تكون المنفعة صداقاً، خلافاً للأحناف في ذلك.

(ب) عدم تضمين المنافع يورث الوقوع في الظلم وانتشار الضرر، وهو خلاف مقصود الشارع من شرع الضمان، فمن يسكن داراً بدون إذن صاحبها مدة طويلة فإنه يحرم صاحبها من الانتفاع بها، ويتسبب في تغريمه أموالاً طائلة باضطراره إلى استئجار دار أخرى، فلو لم يجب الضمان على المتعدي لكان ذلك إقراراً له على الظلم ومخالفة لمقتضيات (العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه)، بتعبير العز بن عبد السلام.

196 ـ وتفريعاً على ذلك يذهب الشافعية إلى ضمان المنافع المتقومة للأموال مطلقاً، سواء باستخدامها أم بتعطيلها. جاء في مغني المحتاج: (وتضمن بأجرة المثل منفعة الدار

---

(51) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص 225.

(52) السابق.

(53) مغني المحتاج: 334/3.

(54) الهداية: 232/3، والمبسوط: 111/15 .

(55) تخريج الفروع للزنجاني: 226.

والعبد ونحوهما من كل ماله منفعة يستأجر عليها كالكتاب والدابة.. بالتفويت كأن يطالع الكتاب ويركب الدابة والفوات في يد عادية بأن لم يفعل ذلك ولا غيره كإغلاق الدار، لأن المنافع متقومة فكانت مضمونة بالغصب كالأعيان. فإن تفاوت الأجر في المدة ضمن كل مدة بما يقابلها، أو كان للمغصوب صنائع وجب أجرة أعلاها إن لم يمكن جمعها وإلا فأجرة الجميع كخياطة وحراسة وتعليم قرآن)[56]. ولا يشترط في المنافع المضمونة إلا أن تكون متقومة ومعتبرة شرعاً. أما إذا كان المغصوب مما لا يجوز استئجاره نحو كلب فلا أجرة له[57].

ولا يشترط في المنافع المضمونة وقوع المعاوضة عليها بالفعل، ويكفي عدم إهدار الشارع لها. ولذا يوجب الشافعية الضمان على من أغلق مسجداً لحفظ متاعه فيه، وتجب أجرة المسجد جميعه مع أنه لا يؤجر، وينفق الواجب من ذلك في مصالح المسجد. أما إن وضع متاعه فيه ولم يغلقه فإنه يضمن أجرة مثل هذا الموضع إذا لم يكن المتاع ذا مصلحة للمسجد ولا يعتاد الناس وضعه فيه.

197 ـ ويقتضي أصل الشافعية في ضمان المنفعة المعتبرة شرعاً القول بضمان منفعة الحر. وهو ما رجحه بعض الشافعية. غير أن الراجح في المذهب التفريق في منافع الحر بين تفويتها وفواتها، وقصر وجوب الضمان فيها على التفويت وحده؛ ففي مغني المحتاج أنه (لا تضمن منفعة بدن الحر إلا بالتفويت في الأصح. فإن حبسه ولم يستوف منفعته لم يستحق شيئاً وإن كان صغيراً، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده)[58]. والرأي المرجوح في المذهب (أن منفعة الحر تضمن بالفوات أيضاً، لأن منافعه تقوم في الإجارة الفاسدة، فأشبهت منافع الأموال)[59].

والتعليل للرأي الراجح في المذهب، وهو عدم ضمان منافع الحر إذا عطلت، بأن منافعه تفوت تحت يده تعليل يفتقر إلى الوضوح ولا يسلم إلى نتيجته؛ فغايته أن منافع الحر المعطلة لم تفت تحت يد المتعدي، بل فاتت في يد الحر نفسه لكونه ليس محلاً للغصب. وهذا النظر قد يصح من الوجهة العقلية، ولكنه لا يصح من الوجهة العرفية، لأنه لا فرق في العرف بين مَن يتسبب في تفويت منفعة الدار بغصبها وإغلاقها وبين من يحبس شخصاً ويمنعه عن الحركة والعمل، ويجمعهما تضييع المنافع في الحالين. وهذا هو الذي التفت

---

(56) مغني المحتاج: 286/2، وانظر ذلك في المهذب: 367/1، ونهاية المحتاج: 168/5، والشرواني وابن قاسم: 29/6.

(57) نهاية المحتاج: 168/5.

(58) السابق: 169/5.

(59) مغني المحتاج: 286/2.

إليه بعض الشافعية حين أوجبوا ضمان منفعة الحر بالتفويت والفوات أسوة بمنافع الأموال.

198 ـ وتضمن منفعة الأثمان كالدراهم والدنانير على رأي في المذهب الشافعي؛ ففي المهذب أنه لو غصب دراهم واشترى بها سلعة ونقد الدراهم في ثمنها وربح ففي الربح قولان: قال في القديم هو للمغصوب منه، لأنه نماء ملكه، فصار كالثمرة والولد. فعلى هذا يضمنه الغاصب لو تلف في يده كالثمرة والولد. وقال في الجديد هو للغاصب، لأنه بدل ماله فكان له[60]. ويبدو أن الرملي يرجح القول الجديد ويذكر أن الربح للغاصب، وذلك في نصه على أن الواجب على الغاصب هو رد مثل الدراهم المغصوبة إن تعذر رد عينها.

ولا يتداخل الواجب في التعدي على الأعيان مع الواجب بالتعدي على المنافع. فلو غصب دابة فتعيبت عنده وجب أرش العيب مع ضمان منفعتها كذلك، لتنوع السبب فيتنوع الواجب[61]. وكذا لو غصب سيارة فأتلف شيئاً فيها وجبت أجرتها مدة بقائها في يده مع غرامة التالف. جاء في شرح المنهج: (ويضمن في غصب منفعة ما يؤجر كدار ودابة بتفويتها وفواتها، كأن يسكن الدار أو يركب الدابة، أو لم يفعل ذلك، لأن المنافع متقومة كالأعيان، سواء كان مع ذلك أرش نقص أم لا. ويضمن بأجرة مثله سليماً قبل النقص ومعيباً بعده)[62]. ولو قيل بأن المتعدي يرد أجرة مثله سليماً حتى رد أرش النقص لكان أوفق، بناء على أن النقص حدث بفعله فيجب عليه ضمان ما تسبب فيه، فإن الضرر لا ينقطع إلا بأداء مقابله.

مذهب الحنابلة:

199 ـ يوجب الحنابلة ضمان المنافع المتقومة التي يتمولها الناس في العادة ويبذلون الأموال في الحصول عليها، سواء بتفويتها أو فواتها. أما المنافع غير المتقومة كمنافع الغنم والشجر فلا تضمن بالرغم من صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشر الثياب، وذلك لأنها غير متقومة في العرف[63]، بحكم أن تمولها نادر، والنادر لا حكم له. وقد نصت المادة 1394 من مجلة الأحكام الشرعية على ذلك بلفظ: (منافع المغصوب مضمونة سواء استوفاها الغاصب أو غيره أو ضاعت، فيضمن الغاصب أجرة المغصوب الذي جرت العادة بتأجيره إلى حين رده أو تلفه أو إلى حين أداء القيمة فيما عجز عن رده). ولا يفرق الحنابلة في وجوب ضمان منافع الأموال بين تفويت هذه المنافع وبين تلفها، (لأن كل ما ضُمِن

(60) المهذب للشيرازي: 370/1.
(61) السابق: 170/5, 172.
(62) حاشية الجمل: 482/3.
(63) كشاف القناع: 111/3.

بالإتلاف جاز أن يضمنه بمجرد التلف في يده كالأعيان. وحديث الخراج بالضمان وارد في البيع فلا يرد عليه الغاصب والقابض بعقد فاسد أو سوم)[64] . وفي هذا يتفق الحنابلة مع الشافعية.

200 ـ أما منافع الحر فتضمن عند الحنابلة باستيفائها وبتعطيلها. وفي ذلك تنص المادة 1392 من مجلة الأحكام الشرعية على أن منافع الحر (متقومة، فلو استوفاها أو عطلها بحبسه ضمنها). يوضحه ما جاء في منتهى الإرادات أن من (استعمل الحر كرهاً في خدمة أو خياطة أو غيرهما فعليه أجرته لاستيفاء منافعه المتقومة. وإذا حبسه مدة لها أجرة فعليه أجرته مدة حبسه، لأنه فوت منفعته زمن الحبس، وهي مال يجوز أخذ العوض عنه كمنافع العبد)[65]. أما لو عطل الحر عن العمل ومنعه منه دون حبس فقد ذكر البهوتي أنه لا ضمان لمنفعته. وفي ذلك يقول: (لو منع إنساناً آخرَ العمل من غير حبس فلا ضمان عليه في منافعه، ولو كان الممنوع عبداً، لأن منافعه فاتت تحت يده فلا يضمنها الغير)[66]. ويورد صاحب المبدع وجهين في المذهب في ضمان منافع الحر، سواء بحبسه أو منعه عن العمل[67]، مما يدل على وجود اتجاه في المذهب الحنبلي إلى القول بضمان منافع الحر مطلقاً. أما الاتجاه الذي يوجب الضمان بتفويت منافع الحر بالحبس دون المنع عن العمل فلا يبرره إلا أن المنافع تفوت تحت يد الحر فيما استدل به أصحاب هذا الاتجاه على مذهبهم. والتحقيق أن هذا التعليل غامض وأن ما يضمن بالإتلاف يجب أن يضمن بالتلف، وأنه لا فرق بين المنع من العمل وبين الحبس في تضييع المنافع وإهدارها وتضرر صاحب المنفعة، ويجب القول بالضمان في الحالين لذلك.

201 ـ ولا يتداخل في المذهب الحنبلي ضمان المنفعة مع ضمان الأعيان؛ فلو غصب دابة وبقيت عنده مدة، ثم تلفت وجبت عليه أجرتها إلى حين التلف، كما تجب عليه قيمتها أيضاً. لأن كل واحد من هذين الضمانين قد نشأ بسبب مستقل، فالأجرة إنما وجبت بتلف المنافع في اليد العادية، كما وجبت قيمة الدابة بتلفها في هذه اليد. ولو قيل بوجوب الأجرة إلى حين رد قيمة الدابة لكان أقيس، حيث يستمر تضرر مالك الدابة بفوات منفعتها إلى حين تمكنه من الانتفاع ببدلها. وهذا هو ما نص عليه الحنابلة في مسألة تعذر رد المغصوب فترة وإمكان رده بعد ذلك، كما إذا غصب دابة فشردت، ورد قيمتها وأجرتها إلى حين رد القيمة، معللين إسقاط الأجرة عن الغاصب في الزمن التالي لرده القيمة بأن المالك

---

(64) كشاف القناع: 111/3.

(65) منتهى الإرادات للبهوتي: 401/2.

(66) كشاف القناع: 78/3, 112، وانظر: زاد المستقنع لشرف الدين موسى بن أحمد المقدسي ص 87.

(67) المبدع: 153/5.

بقبض قيمة هذه الدابة قد استحق الانتفاع ببدلها فلا يستحق الانتفاع بالمغصوب وببدله الذي قام مقامه في الوقت نفسه[68].

٢٠ ـ أما أرباح المغصوب من الأثمان كالدنانير والدراهم فإنها للمالك في الراجح في المذهب الحنبلي. وقد نصت على ذلك المادة 1396 من مجلة الأحكام الشرعية، حيث جاء فيها: (ربح التجارة في المغصوب من نمائه؛ فلو اتجر الغاصب بعين المغصوب أو عين ثمنه أو اشترى بثمن في الذمة بنية نقده منه، فنقده منه فالربح وما اشتراه للمالك، ولا شيء للغاصب). وفي المبدع أنه إن اتجر الغاصب بالدراهم أو الدنانير فالربح لمالكها. وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك. وفي رواية عن أحمد أن الربح للغاصب إذا اشترى في الذمة[69]. ويشير ابن تيمية إلى هذا الخلاف بقوله: (من كان معه دراهم حراماً قد اعطاها إياه واحد، وبدلها من دراهم والده بدراهم حلال فحكم البدل حكم المبدل منه. فإذا نمت بفعله وربحت أو كسبت ففيه نزاع، أعدل الأقوال التقسيم بين منفعة المال ومنفعة العامل، بمنزلة المضاربة، كما فعل عمر رضي الله عنه في المال الذي اتجر فيه أولاده من بيت المال)[70].

وبهذا فإن منفعة الأثمان مضمونة بالاستخدام والاستفادة، والخلاف هو في كيفية الضمان. أما إذا لم تستخدم الأثمان المغصوبة فلا ضمان في الراجح في المذهب الحنبلي. وقد نصت المادة 1397 من مجلة الأحكام الشرعية على ذلك، حيث جاء فيها: (لا يضمن الغاصب ما فوته على المالك من ربح بحبسه مال التجارة) ويرد على هذا الرأي: 1 ـ أنه لا فرق بين التفويت والفوات في إنشاء الضرر وفي وجوب الضمان تبعاً لذلك. 2 ـ يتضمن هذا التفريق إلقاء عبء إثبات الغصب في الأثمان واتجار الغاصب بها وتحقق الفائدة أو الربح على المالك لإيجاب الضمان، وهو ما من شأنه أن يؤدي في الواقع إلى تهرب الغاصب من المسئولية. 3 ـ التفريق بين التفويت والفوات في ضمان منفعة الأثمان نوع استثناء من ضمان المنافع دون دليل شرعي يوجبه.

203 ـ وأعتقد لهذا أن الرأي الذي عبر عنه المالكية في ضمان منفعة الأثمان إذا كانت معدة للتجارة أولى بالقبول من غيره، لكونه أنفى للضرر الذي شرع الضمان لجبره وأعون على اطراد قاعدة ضمان منافع الأموال. ويعبر الخرشي عن هذا الرأي بقوله: (من غصب دراهم أو دنانير لشخص فحبسها عنده مدة فإنه يضمن الربح لو اتجر ربُّها بها)[71]. ومعناه

---

(68) كشاف القناع: 112/3.

(69) المبدع: 187/5.

(70) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية: 360.

(71) الخرشي: 143/6.

أن من يغصب نقوداً فإنه يضمن الخسارة الناشئة لصاحبها من تعطيلها إذا كانت معدة للتجارة. أما إذا لم تكن معدة لذلك فإن الغاصب لا يضمن شيئاً لعدم تحقق الضرر للمالك. ولا يذكر الخرشي سوى هذا الرأي، غير أن العدوي يذكر الخلاف في مسألة غصب الأثمان والاتجار فيها، وينقل ثلاثة أقوال:

أولها: أن الربح للغاصب وليس للمغصوب منه إلا رأس ماله.

والثاني: أن الربح للغاصب إن اتجر فيها وهو موسر، ترجيحاً لظن أنه اتجر بماله هو، وإن كان معسراً فالربح للمغصوب منه، لأن الغالب على الظن أنه نشأ من الاتجار في المال المغصوب.

والثالث: أن للمغصوب منه قدر ما كان يربح في الدراهم والدنانير لو كانت في يده، تقديراً للضرر بما فاته من كسب نتيجة ظلم المعتدي وغصبه[72]. وهذا هو الذي اكتفى الخرشي بنقله، وهو أوفق في الاعتبار.

مذهب الإمامية:

204 - يتفق الإمامية مع الشافعية في ضمان الأموال مطلقاً بالتفويت والفوات، فعندهم أنه (يجب على الغاصب مع رد العين بدل ما كان لها من المنفعة في تلك المدة إن كانت لها منفعة، سواء استوفاها كالدار سكنها والدابة ركبها، أم لا وجعلها معطلة)[73]. وهم يوافقون الشافعية كذلك في كيفية تقدير المنفعة المضمونة بما يقابل أجرة هذه المنفعة إن انفردت، وبوجوب أجرة أعلاها إن تعددت ولم يمكن جمعها، وبوجوب أجرة الجميع إن تعددت وأمكن جمعها. وقولهم في ذلك أن (المضمون في غصب كل عين هو المنفعة المتعارفة بالنسبة إليها. ولو فرض تعدد المتعارف منها على نحو التبادل كبعض الدواب التي تعارف استعمالها في الحمل والركوب معاً، فإن لم تتفاوت أجرة تلك المنافع ضمن تلك الأجرة، وإن كانت أجرة بعضها أعلى ضمن الأعلى، فلو فرض أن أجرة الحمل في كل يوم درهمان وأجرة الركوب درهم كان عليه درهمان)[74]. وأصل ذلك عندهم أن الغصب والإتلاف يتصور ورودهما على المنافع، لصدق ذلك في العرف[75]. ولا يتداخل عندهم كذلك ضمان المنافع مع ضمان الأعيان، لتنوع الموجب فيتنوع الواجب. وفي ذلك يقول الحلّي: (لو غصب ما له أجرة وبقي في يده حتى نقص كالثوب يخلق والدابة تهزل لزمه الأجرة والأرش ولم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أم لم يكن)[76].

(72) حاشية العدوى بهامش الخرشي: 143/6.

(73) تحرير الوسيلة للخميني: 178/2.

(74) السابق.

(75) بلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم: 314/3.

(76) شرائع الإسلام: 234/3.

ويتفق الإمامية مع الشافعية كذلك في تضمين منفعة الحر بالاستخدام والتفويت لا بالتعطيل والفوات، بناء على أنها تفوت تحت يد الحر إذا عطلت. ويعبر الحلّي عن ذلك بأنه: (لو استَخْدم الحرَّ لزمه الأجرة. ولو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به، لأن منافعه في قبضته، ولو استأجره في عمل فاعتقله ولم يستعمله فيه تردد. والأقرب أن الأجرة لا تستقر لمثل ما قلناه. ولا كذلك لو استأجر دابة فحبسها بقدر الانتفاع)[77]. ويرد على مذهب الإمامية في التفريق بين التفويت والفوات في ضمان منافع الحر ما ورد على مذهب الشافعية في ذلك.

تطبيقات حديثة:

205 ـ يترجح القول بإطلاق ضمان المنافع إذا كانت متقومة ومعتبرة شرعاً، استناداً إلى الأصول الشرعية العامة القاضية برفع الضرر ونفي الظلم والتعدي واستناداً إلى مجموع أقوال الفقهاء في عموم تفسيراتها لهذه الأصول الشرعية. وبهذا تطرد قاعدة ضمان المنافع مطلقاً، سواء كانت منفعة أعيان مالية أو أثمان أو منفعة إنسان. ويؤدي ذلك إلى إيجاب الضمان في الصور التالية:

(أ) إذا أخطأ موظف المصرف الإسلامي في رصد وديعة استثمارية لحساب المودِع وأضافها لحساب غيره فإنه يضمن ما فات على المودع من ربح بهذا الخطأ. وهو قياس مذهب المالكية فيما نقله الخرشي. ولا يضمن هذا الموظف إذا أخطأ في وديعة جارية، لأن صاحب هذه الوديعة لم يقصد الاتجار بها أو المضاربة، ولم يتضرر بهذا الخطأ فلا يجب الضمان. لكن إذا أدى هذا الخطأ إلى ضياع الوديعة فإن الموظف يضمن ما يقابلها. ويتقيد الضمان في كل الأحوال بالضرر الواقع بالفعل.

(ب) التأخير في الوفاء بالدين والالتزام موجب لضمان ما ينشأ عن هذا التأخير من ضرر، إلا إذا كان هذا التأخير ناشئاً من ظرف قاهر فيجوز للقاضي عندئذ توزيع الضرر على أطراف التعاقد، طبقاً لما أوردته فتوى المجلس الفقهي المشار إليها فيما سبق. والقاعدة أنه لا ضمان فيما لا يمكن التحرز عنه.

(جـ) حقوق الابتكار وبراءات الاختراع والملكية الأدبية أو الفنية مصونة لا يجوز الاعتداء عليها، لأنها من المنافع المعتبرة أموالاً عند جمهور الفقهاء. ولا يجوز لذلك التعدي على حقوق التأليف والنشر والشعارات التجارية والتصميمات دون إذن من أصحابها ومالكيها، ويضمن المتعدي الضرر الناشىء عن فعله، لأنه قد أصبح لهذه الأشياء قيمة مالية في أعراف الناس وتعاملاتهم، (وأصبح حق المؤلف على إنتاجه منصباً على مال فعلاً،

---

(77) السابق: 236/3، وبلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم: 315/3، وتحرير الوسيلة للخميني: 177/2.

ويمكن ضبط المنفعة بعدد النسخ المطبوعة)[78]. ولا يتجه القول بعدم ضمان هذه الحقوق باعتبارها من منافع الإنسان العقلية لا البدنية، من جهة أنه لا فرق بين هذين النوعين من المنافع. ويجب أن يقدر الضمان في التعدي على هذه الحقوق بالضرر الفعلي الذي أصاب صاحبها.

المطلب الرابع: الأضرار المالية الأخرى

زوائد الأموال:

206 ـ زوائد الأموال: يفرق الفقهاء بين نوعين من زوائد المغصوب الناشئة بغير فعل الغاصب. أولهما: الزيادة المتصلة كالسِّمَن والجمال. والثاني: الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة واللبن وغير ذلك من الأشياء التي تستقل بذاتها عن أصل المال.

وهذه الزوائد بنوعيها تحدث في ملك صاحب المال، لكون الأصل مملوكاً له، فيضمنها المتعدي بلا خلاف بين الفقهاء. غير أنهم اختلفوا في تحقيق العدوان عليها بالعدوان على أصلها أو أنه لا يتحقق إلا بعـدوان مستأنف عليها في ذاتها.

ذلك أن الأحناف الذين اشترطوا في الغصب إزالة يد الملك عن ملكه بعد ثبوتها عليه رأوا أن الزيادة متصلة أو منفصلة غير مضمونة بمجرد غصب الأصل، لأنها نشأت في يد الغاصب ولم تتحقق إزالته ليد المالك فتكون أمانة لدى الغاصب لا يضمنها إلا بالتعدي فيها. ومن التعدي فيها عندهم أن يتصرف فيها ببيع أو غيره من التصرفات، أو بإتلافها أو بالامتناع عن ردها للمالك بعد طلبه الرد. أما لو تلفت عند الغاصب بآفة سماوية قبل طلب المالك فلا تكون مضمونة. يقول السرخسي: (الزيادة تحدث أمانة في يده عندنا، حتى لو هلكت من غير صنعه لم يضمن قيمتها)[79]. ويقول ابن نجيم: (زوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي، أي بالمنع بعد طلب المالك)[80].

ودليل الأحناف على اعتبار الزيادة أمانة أنه لم يوجد فيها حد الغصب حسب تعريفهم؛ فالغصب عندهم هو (إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال). وهذه الزوائد لم توجد فيها إزالة يد المالك، لأنها كانت في يد

(78) انظر في ذلك: مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة، جامعة الملك عبد العزيز، العدد الثاني مقال الدكتور وهبة الزحيلي: التعويض عن الضرر ص47 وما بعدها. وانظر البحث المطول الذي عقده الدكتور فتحي الدريني في كتابه الفقه الإسلامي المقارن، جامعة دمشق 14000 هـ، وذلك بعنوان حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن من ص 296،221.

(79) المبسوط: 54/11.

(80) البحر الرائق: 8/ 137.

الغاصب أثناء وجودها، بحكم تبعيتها للأصل، فلا يضمنها إلا بالتعدي فيها بتفويت بَعْد الطلب أو بالأكل والبيع ونحو ذلك. ولا يوجب الدليل النتيجة؛ فإن الغصب للأصل عدوان مستمر، يوجب الكف عنه برد المغصوب لصاحبه دون اشتراط تجدد الطلب بالرد، فيعتبر متعدياً بمجرد إمساك الزوائد وحيازتها بغير إذن صاحبها، ويجب ضمان الزوائد لذلك.

ويتفرع على مذهب الأحناف أنه لو غصب شاة فسمنت ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم الذبح، وهو غاصب لما زاد في بدنها بذبحه لها وتعديه في هذه الزيادة. كذلك لو غصب شاة قيمتها يوم الغصب مائة، ثم أصبحت قيمتها مائتين، وهي في يده، لزيادة لحقت ببدنها، وطلبها صاحبها وقيمتها بهذه الزيادة ولم يردها عدَّ بهذا متعدياً ويضمن هذه الزيادة. أما إذا لم يطلبها صاحبها وتلفت بمرض أو بآفة دون تدخل من الغاصب فإنه يضمن قيمتها قبل الزيادة.

وقد جاءت صياغة مجلة الأحكام العدلية لهذا المبدأ غير واضحة في متابعة المذهب الحنفي، مما يدل على الرغبة في ترك الأمر إلى القاضي لمتابعة الأحناف أو الجمهور. ذلك أن المادة 903 من هذه المجلة تنص على أن (زوائد المغصوب لصاحبه، وإذا استهلكها الغاصب ضمنها. مثلاً: إذا استهلك الغاصب ما حدث من لبن الحيوان المغصوب أو فلوه حين كان في يده أو من ثمر البستان المغصوب حال وجوده في يده فإنه يضمنه، لأن هذه الزوائد ملك المغصوب منه. كذلك لو غصب بيت نحل العسل مع نحله واستردها المغصوب منه فإنه يأخذ أيضاً العسل الذي حصل عند الغاصب). ويلاحظ أن المادة المذكورة لا تشير إلى اعتبار الزيادة أمانة في يد الغاصب، ولا إلى اشتراط تعدي الغاصب فيها لإيجاب ضمانها، وهي بهذا تقترب من مذهب الجمهور.

207 ـ ولا يشترط الجمهور استئناف التعدي في الزوائد، ويرون أن الاستمرار في إثبات اليد على المغصوب يوجب ضمان الأصل والزيادة على السواء. فينص المالكية على أن الزوائد التي تنشأ بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب مضمونة على الغاصب مطلقاً[81]. ويتفق الشافعية مع المالكية في الحكم بضمان زوائد المغصوب، وتلتحق عندهم بالمنافع في المعنى والضمان[82]. وهو مذهب الحنابلة كذلك، فعندهم أنه (إن زاد المغصوب بيد الغاصب أو غَيْره لزمه رده بزيادته متصلة كانت كالسمن وتعلم صنعة أو منفصلة كالولد من بهيمة.. والكسب، لأنه من نماء المغصوب فلزمه رده كالأصل)[83]. وهو ما أخذ به فقهاء الإمامية كذلك[84].

(81) بداية المجتهد لابن رشد: 239/2 ط لاهور.

(82) نهاية المحتاج: 191/5.

(83) كشاف القناع: 87/4، والمبدع: 168/5.

(84) شرائع الإسلام: 243/3 ، وتحرير الوسيلة: 183/2.

208 ـ ضمان النقصان: يقسم الفقهاء النقصان المحتمل حدوثه للعين المغصوبة إلى أربعة أنواع:

(أ) النقصان بتراجع السعر وانخفاض القيم.

(ب) النقصان بفوات جزء من أجزاء العين كاليد والرجل والذنب والهزال للدابة.

(جـ) النقصان بفوات وصف مرغوب فيه كالصنعة في الذهب واليبس في الحنطة.

(د) النقصان بفوات معنى مرغوب فيه كالعبد المحترف إذا نسي الصنعة في يد الغاصب أو إذا كان شاباً فشاخ في يده.

209 ـ أما بالنسبة للنقصان بتراجع السعر وانخفاض القيم فلا يوجب جمهور الفقهاء جبره؛ ففي المادة 900 من العدلية أنه (إذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ألا يقبله ويطالب بقيمته وقت الغصب). وهو مذهب المالكية في غير التعدي؛ ففي شرح الخرشي: (من غصب دابة مثلاً، ثم وجدها ربها وقد نقصت أسواقها فإنه يأخذها ولا شيء له على الغاصب، سواء طال زمانها عند الغاصب أو لا، بخلاف باب التعدي، فإن ربها إذا وجدها وقد نقصت في أسواقها فله أن يُضَمِّن المتعدي قيمتها يوم تعدى عليها، لأنه حبسها عن أسواقها)[84]. ويصدق هذا المعنى نفسه في باب الغصب فكان مقتضاه القول بضمان تراجع الأسعار في الغصب والتعدي على السواء. ولا يوجب الشافعية ضمان نقصان السعر من حيث المبدأ، لأن المغصوب لم يلحقه نقص في ذاته ولا في صفاته. والفائت إنما هو رغبات الناس وهي غير متقومة فلا تضمن[85]. ومع ذلك فإنهم يعترفون بضمان تفاوت الأسعار ونقصانها فيما لو تلفت العين المغصوبة وكانت من القيميات، فعندهم أن الغاصب يضمن أعلى قيمة للمغصوب من حين الغصب إلى حين التلف. ولهذا فإنه إذا غصب دابة وقيمتها يوم الغصب عشرة ثم انخفضت قيمتها إلى خمسة ثم صارت عشرين وتلفت فإنه يجب عليه أداء عشرين، لأنه كان مطالباً بالرد في كل آن، فإذا وجبت عليه العشرون لم يبرأ بأداء ما هو الأقل منها. ويعترف الشافعية بضمان تفاوت الأسعار في غصب المثلي إذا انقطع جنسه من الأسواق فإن على الغاصب أقصى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كذلك. ففي حاشية الجمل: (لو غصب زيتاً في رمضان فتلف في شوال وفقد مثله في المحرم طولب بأقصى قيمة المثل من رمضان إلى المحرم، فإن كانت قيمته في الحجة أكثر اعتبرت)، ومقتضى الاعتراف بضمان تفاوت السعر ونقصه في هذين المثالين طرد ذلك فيما لو تضرر المغصوب منه بحبس المغصوب عن أسواقه. وهذا هو الذي التفت

---

(84) الخرشي: 141/6.

(85) حواشي الشرواني وابن قاسم: 33/6، ونهاية المحتاج: 172/5.

إليه أبو ثور فأوجب ضمان النقصان بتفاوت الأسعار وتراجع القيم[86]. أما الحنابلة فقد أخذوا برأي يقترب من رأي الأحناف في ذلك[87].

210 ـ النقصان بفوات الجزء أو الصفة: لم يتردد الفقهاء في الحكم بضمان النقصان بفوات الجزء، كأن يغصب ثوبا فيخرقه أو يغصب دابة فتهزل في يده أو يقطع ذنبها أو يغصب الغنم ويجز صوفها، ففي كل ذلك يجب ضمان النقصان بلا خلاف بين الفقهاء إلا في كيفية التضمين.

211 ـ وتفصيل ذلك أن الأحناف يفرقون بين النقصان اليسير والفاحش. والفاحش في تعريف السرخسي: هو الذي يفوت المنفعة المطلوبة من العين[88]، وفي تعريف المجلة: هو الذي يذهب ربع قيمة المغصوب فأكثر[89]. ويخير المالك في النقصان الفاحش على أي من التعريف بين ترك العين المغصوبة للغاصب وأخذ قيمتها جميعها وبين أن يأخذ المغصوب ويضمنه ما نقص من قيمته بفوات جزئه، إلا إذا كان المغصوب مما يجري فيه الربا. أما إذا كان النقص يسيراً فإن المالك يأخذ المغصوب ويضمن الغاصب النقصان إلا في الربويات فإن المالك لا يمكنه استرداد الأصل وتضمين النقصان، ويخير صاحب المال لذلك بين أخذه ناقصاً كما هو ولا شيء له وبين أن يتركه ويأخذ قيمته؛ ففي مجمع الضمانات أنه (إن غصب حنطة فعفنت عنده أو انكسرت الدراهم والدنانير أو غصب خلا فصب فيه ماء فالمالك بالخيار، إن شاء أخذه ولا شيء عليه، وأن شاء تركه وضمنه قيمة مثله. وإن كان فضة فتهشم في يده فإن شاء أخذه ولا شيء عليه وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه. وكذلك آنية الصفر والنحاس إن كان يباع وزناً وإن لم يكن من الأموال الربوية)[90] الستة المنصوص عليها[91]، لأن علة الربا عندهم هي المماثلة والتقدير بالكيل أو الوزن.

212 ـ ويتجه على مذهب الأحناف في إيجاب النقصان مع رد المغصوب تقييده بألا يكون من الأصناف الربوية الستة أو ما يلتحق بها مما تتحقق فيه علة الربا. ذلك أن الشارع نهى عن الربا في المعاوضات والمبادلات مما هو واضح في أحاديث الربا، ولا يتصور لذلك إجراء الربا في التبرعات ولا في الغرامات. وهذا هو الذي نص عليه الشافعية حين

---

(86) قواعد الأحكام: 180/1.

(87) مادة: 1387 من المجلة الشرعية، وكشاف القناع: 91/4، والمبدع: 165/5.

(88) المبسوط: 52/11.

(89) مادة: 900 من مجلة الأحكام العدلية.

(90) مجمع الضمانات: 133.

(91) الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح.

نصوا على أن الربا لا يجري في الغرامات؛ ففي الأشباه أن من يكسر حلياً يضمن صنعتها، وإن كان ذلك بنقد من جنسها كالذهب مثلاً، (ولا يلزم من ذلك الربا لأنه يجري في العقود لا في الغرامات)[92]. أما الأحناف فقد أجروا الربا في العقود وفي الغرامات على السواء، ولذا لم يوجبوا أرش النقصان في الأموال الربوية. ومن الواضح أن قياس الأحناف للغرامات على العقود في إجراء الربا لا يستند إلى مقصد شرعي أو إلى منصوص قواعد الشريعة.

213 ـ وقد أدى عدم إجراء الربا في الغرامات عند الشافعية إلى تيسير بناء مذهبهم في ضمان النقصان؛ فهم يفرقون بين النقصان الفاحش الذي لا يستقر كطعام ابتل بماء أو الذي يسري إلى التلف وبين النقصان اليسير أو المستقر الذي لا يسري إلى التلف. وإذا كان النقصان يسيراً فإن الواجب هو رد المغصوب مع أرش نقصه، ولا يجبر الغاصب على أخذ المغصوب ودفع قيمته لأنه غير الواجب، خلافاً لبعض فقهاء المذهب الذين أطلقوا تخيير المالك بين أخذ المغصوب مع أرش النقصان أو أخذ القيمة. أما إن كان النقصان فاحشاً ويسري إلى التلف فإن المالك يخير بين هذين الأمرين (أخذ المال وأرش نقصه أو أخذ قيمته)[93].

ـ ويشترط الشافعية لضمان أرش النقصان ما يلي:

ـ أن يؤدي النقص في العين إلى نقص في القيمة، وإلا لم يجب الضمان، فقد نصوا على أن من غصب عصيراً فأغلاه ونقصت عينه دون قيمته لم يغرم شيئاً، لأن الناقص ماء لا قيمة له[94]. ولو زادت العين بسمنة مفرطة ونقصت القيمة لم يضمن الغاصب على قول في المذهب والأوجه التضمين[95].

ـ أن يكون النقص بوجه معتبر شرعاً، وإلا لم يجب على الغاصب شيء كما لو غصب جارية تجيد الغناء فنسيت عند الغاصب لم يضمن شيئاً[95].

214 ـ مذهب الحنابلة[96] والشيعة الإمامية كذلك[97]؛ فقد نص الحنابلة على استقرار أرش النقصان برد المغصوب معيباً بحيث لا يرد الأرش للغاصب لو برىء المغصوب من العيب بعد الرد. ولذا لو غصب دابة فتعيبت في يد الغاصب ووجب عليه أرش النقص وأداه لصاحب الدابة عند ردّها، ثم زال العيب لم يجب عليه رد قيمة النقصان للغاصب،

---

(92) الأشباه والنظائر للسيوطي: 357.

(93) نهاية المحتاج: 173/5، والمهذب: 369/1، وحواشي الشرواني وابن القاسم: 34/6.

(94) نهاية المحتاج: 177/5، والمهذب: 369/1.

(95) نهاية المحتاج: 178/5.

(96) كشاف القناع: 90/4، والمبدع: 161/5.

(97) شرائع الإسلام للحلي: 240/3 وما بعدها، وتحرير الوسيلة 180/2.

بخلاف ما لو تعيبت ثم برئت قبل الرد حيث لا يجب على الغاصب شيء، لأن وجوب الأرش في مقابل العيب وقد زال[98].

215 ـ أما المالكية فيفرقون في النقصان بين حدوثه بآفة سماوية وبين حدوثه بفعل الغاصب أو بفعل أجنبي، فإن كان بآفة سماوية فإن رب المال يخير بين تضمين الغاصب قيمة المغصوب أو يأخذه معيباً ولا شيء له. وإنما لم يجب على الغاصب قيمة النقصان لأنه لم يحدث بفعله، وخير المالك في تضمينه قيمته يوم غصبه لدخوله في ضمانه بالغصب. أما لو حدث النقصان بفعل الغاصب أو غيره فإن رب المال يخير بين أخذ قيمة المغصوب يوم الغصب وبين أن يأخذه معيباً ويضمن له الغاصب أرش النقص إن كان حدث بفعله أو يتبع المالك هذا الغير إن كان هو الذي أحدث النقصان بفعله، وليس للمالك أن يتبع الغاصب بأرش النقصان لأنه ليس من جنايته[99].

والحاصل أن الأضرار المالية جميعها محل للضمان، سواء كانت عقاراً أو منقولاً أو منفعة أو نقصاناً تعلق بالجزء أو الصفة أو أي معنى من المعاني المرغوبة.

الفرع الثاني: الأضرار البدنية

216 ـ يراد بالأضرار البدنية تلك الأضرار التي تتعلق بالنفس الإنسانية أو ما دونها، فتشمل هذه الأضرار كلًّا من إزهاق الروح والجناية على الجنين وقطع عضو من الأعضاء وتعطيل وظيفته مع بقاء صورته كإحداث الشلل في اليد أو إذهاب السمع والبصر، كما تشمل أيضاً إحداث الجراح والشجاج والآلام. ومع أن العدوان على النفس وما دونها جريمة تستوجب العقوبة فقد يجب به الضمان، تعويضاً للمتضرر نفسه إن كان على قيد الحياة، أو تعويضاً لذويه وآله عما أصابهم من أضرار مالية تتمثل في فقد العائل أو أضرار أدبية معنوية تتمثل فيما عانوه من أسى وحزن. وهذا هو المعنى الذي عبر عنه الفقهاء بأن القصد من شرع الدية هو تطييب نفس المعتدي عليه وذويه حتى لا يحفزهم الضيق والإحساس بالظلم إلى طلب الانتقام من الجاني. وإنما يجب الضمان بهذا العدوان على النفس أو ما دونها إذا لم يجب القصاص، وإن عوقب الجاني بعقوبة تعزيزية، فإن الذي ينتفي به الضمان هو العقوبة بالقصاص لا جنس العقوبة. وبوجه عام فإن الضمان والقصاص لا يجتمعان، لما في القصاص من إيقاع الأذى بالجاني على النحو الذي أوقعه بالمجني عليه فلا مجال للتعويض معه.

217 ـ وعلى ضوء ذلك يجب النظر إلى الأجزية التي شرعها الشارع في جرائم

(98) كشاف القناع: 92/4.

(99) الخرشي: 143/6.

العدوان على النفس وما دونها، وهي الدية والغرّة والأرش المقدر بتقدير الشارع في بعض الجنايات الواقعة على ما دون النفس، كما في الشجاج وكما في إبانة عضو من الأعضاء أو إذهاب منفعته. ومن هذه الأجزية كذلك ما يعرف بالأرش غير المقدر أو بحكومة العدل، وذلك في الجنايات التي لا يجب فيها قصاص ولا أرش مقدر.

وقد أشار الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى حكومة العدل واستنتج أنها تكاد ترسي أساساً عاماً في الفقه الإسلامي لإيجاب التعويض بفرض قدر من المال يحدده القاضي للمتضرر في أكثر أنواع الأذى التي تصيب الجسم، سواء كانت الجناية عمداً أو غير عمد، لأن أكثر أنواع الجراح والشجاج التي تلحق البدن مما لا تجري فيه المماثلة. وفي رأيه أن هذا المبدأ الجوهري المتعلق بالعمل غير المشروع الذي يصيب الجسم يكمل مبدأ جوهرياً آخر يتعلق بالعمل غير المشروع الذي يصيب المال ويوجب الضمان، بحيث ينشأ من مجموع هذين المبدأين بيان حدود المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية. ويتيسر بذلك استخلاص قاعدة تكاد تكون عامة، وهي أن أكثر الأعمال غير المشروعة التي تؤذي الغير في جسمه أو ماله من التعدي الموجب للتعويض. ويعد بذلك العمل غير المشروع مصدراً للالتزام في الشريعة[2].

218 ـ ولا اعتراض لي على هذا الافتراض إلا من جهة تقييده للتعويض في الجنايات على النفس وما دونها بالأرش غير المقدر، فالأجزية الأخرى التي حدد الشارع مقدارها (الأرش المقدر والغرة والدية) تفيد التعويض كذلك، لأن عدم التقدير لا يدخل في مفهوم التعويض وكنهه. ومفهومه أنه جزاء مالي يقع على المعتدي ويستحقه المتضرر جبراً لما أصابه، لا فرق في ذلك بين أن يقدره الشارع بمقدار معين من المال أو يترك أمر هذا التقدير إلى القاضي وإذا كان للقوانين الحديثة منطقها في ترك تقدير التعويض إلى القاضي عموماً فإن للفقه الإسلامي أسسه في تبني أسلوب مزدوج يقوم على تقدير التعويض أحياناً وترك ذلك إلى القاضي في أحيان أخرى.

والدية وما يلتحق بها من أجزية ـ بهذا الفهم ـ ليست إلا تعويضاً للمتضرر في القصد الأول من شرعها، وتنطوي على معنى العقوبة بالقصد التابع مثلما ينطوي الحكم بالضمان في إتلاف المال على هذا المعنى وإن غلب اعتبار معنى التعويض وجبر الضرر كذلك. ويؤيد تغليبَ معنى التعويض في الدية فرضُها على العاقلة في غير العمد، وإيجابُها على القادرين من أفرادها، وتنجيمُها في ثلاث سنوات، ووضعُ حدّ أعلى لما يتحمله الفرد، بحيث لا يزيد مجموع الواجب عليه عن ثلاثة دراهم أو أربعة عند الأحناف، سواء كان

(1) الغرّة نصف عشر الدية التي تعطى لورثة الجنين في رأي الجمهور، أو للأم في رأي ربيعة والليث تشبيهاً للجنين الذي انفصل عنها بعضو من أعضائها، انظر بداية المجتهد لابن رشد: 312/2.

(2) مصادر الحق للسنهوري: 50/1.

ميسور الحال أو متوسطها. ويقدر الشافعية ذلك بنصف دينار للغني وبربع دينار لمتوسط الحال في السنوات الثلاث. ولا يقدر المالكية والظاهرية ورواية عن أحمد حدّاً معيناً، ويترك ذلك إلى اجتهاد القاضي أو الحاكم فيفرض على كل فرد من أفراد العاقلة ما يتحمله ويناسب طاقته، لأنها مواساة وطريقها عدم الإعنات أو الإرهاق[3]. ومن جهة أخرى فإن مفهوم العاقلة الذي يتسع لأهل الديوان وأفراد عشيرة الجاني وبيت المال يؤكد هذا المعنى وأن الدية قد شرعت في المقام الأول لجبر الضرر. ويقطع استحقاق المتضررين لها الطريق على أي لبس أو غموض في بيان المقصود من شرع الدية.

219 ـ أما الذين اعتبروا أن القصد من شرع الدية في المقام الأول هو العقوبة فإنما اتجهوا هذا الاتجاه لتقديرها ولعدم تفاوت مقدارها بتفاوت ما نتج عن الجناية من ضرر مادي وأدبي. أما التعويض فإنه يراعي في تقديره الضرر الناشيء عن الجريمة: جسمياً وأدبياً ومادياً[4]. وقد أدى اعتبار الدية عقوبة في الفقه الإسلامي إلى التساؤل عن علاقتها بمبدأ شخصية العقوبة وإلى الإحساس بنوع من التعارض بين هذا المبدأ وبين تكليف عاقلة الجاني بتحملها. وأجاب البعض عن ذلك بأن إلقاء الدية على العاقلة استثناء من مبدأ مسئولية كل إنسان عن عمله. لكن الأحناف اعتبروا إيجاب الدية على العاقلة من قبيل المواساة والتعاون على أداء الواجب لمستحقه كيلا تهدر الدماء، ويذهب ما بنفس المتضرر[5].

220 ـ وإذا كانت الدية والأروش في المقام الأول للتعويض عن الأضرار المتعلقة بالنفس وما دونها على الوجه المقدر شرعاً فإنه لا يسوغ القول باختلافها أو الزيادة على مقدارها، لأن الضرر الذي وجبت في مقابلته لا يتنوع بتنوع الأشخاص. فالعدوان على النفس الإنسانية أو الأطراف لا يختلف من شخص إلى آخر. ومع ذلك فإن الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية أو ما دونها لا يتداخل مع غيره، ويتعدد التعويض الواجب بتعدد الأضرار، لأن الواجب يتعدد بتعدد الأسباب التي توجبه. ويرى الشيخ علي الخفيف أن للمجني عليه الحق في طلب تعويض آخر مع الديات والأروش عما أصابه من ضرر، بناء على أنها لم تشرع تعويضاً كاملاً عن جميع ما يصيب المجني عليه، ولم يلاحظ فيها إلا أنها تعويض عن

---

(3) تبيين الحقائق: 177/6، والمغني لابن قدامة 525/9، وحاشية الدسوقي 284/4، والمهذب: 213/2، ونيل الأوطار: 243/3، والبحر الرائق: 455/8، وإعلام الموقعين: 35/2، وبداية المجتهد: 309/2 ط. لاهور، والمبدع: 23/9، وحاشية الجمل: 61/5.

(4) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة والمراجع المثبتة عند الحديث عن الدية.

(5) أشار السنهوري إلى هذا المعنى في مصادر الحق: 48/1 وما بعدها، كما أشار إليه الخفيف في: الضمان في الفقه الإسلامي: 161/2.

حق الحياة الذي يتساوى جميع الناس في التمتع به. . ومن ثم كان مقداره واحداً يستوي فيه الناس جميعاً. . ويؤيد هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدرة من الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك. . فإذا رئي أن ثمة ضرراً كبيراً نزل بالمجني عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية في الجزاء بين جريمتين إحداهما لم تحدث ضرراً ذا بال وأخرى أحدثت ضرراً عظيماً. . . لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية، بل كثيراً ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال مما كان متوافراً للمجني عليه من قبل. وفي مثل هذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق ما يعطاه من دية وبخاصة إذا لاحظنا أن ذلك لا يعدو أن يكون تعويضاً عن فقد منافع ليس هناك ما يمنع من اعتبارها أموالاً يستعاض عنها بالمال، إذ لم يرد عن الشارع بيان فيما يعتاض عنه بالمال من المنافع وما لا يعتاض عنه بالمال وإنما الأمر في ذلك يجب أن يرجع فيه إلى العرف[6].

221 ـ وتفريعاً على ذلك يشمل الضمان الواجب على النفس وما دونها، كلاً من:

(أ) الأرش المقدر شرعاً في مقابل الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية وما دونها، ومقداره لا يختلف باختلاف الأشخاص والظروف.

(ب) تكاليف العلاج والتطبيب والدواء وهو ما يختلف باختلاف الظروف.

(جـ) تعويض الألم الناشىء عن الجناية، طبقاً لما نص عليه بعض فقهاء الأحناف.

(د) ضمان المنفعة الفائتة للمجني عليه مدة مرضه إلى حين شفائه أو المدة المفترضة لبقائه في الخدمة أو لقدرته على العمل مع خصم ما كان يتكلفه. وقد يستند هذا الرأي إلى اختلاف الفقهاء في مسألة ضمان منفعة الحر. وقد سبقت الإشارة إلى رجحان الرأي القاضي بضمانها بكل من التفويت والفوات وبالحبس أو بالتسبب في فواتها على أي نحو لم يأذن به الشارع.

ويستند هذا الرأي وما يتفرع عليه إلى عموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وإلى إطلاق القواعد الفقهية التي توجب رفع الضرر ودفعه قدر الإمكان وإلى اعتبار الظالم أولى بالحمل عليه، كما أنه يستند إلى مجموع آراء الفقهاء.

222 ـ والحاصل أن الضرر المضمون في الشريعة الإسلامية يجب أن يشمل كل ما يعده الناس ضرراً مما يتعلق بالمصالح التي قصد الشارع إلى حفظها، سواء رجع هذا الضرر إلى النفس الإنسانية وما دونها أو إلى المنافع أو الأموال بفارق واحد هو أن الضرر

---

(6) الضمان في الفقه الإسلامي: 2/161-163 بإيجاز.

المتعلق بالمال من مسئولية الجاني على حين أن الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية من مسئولية العاقلة. والاتجاه في بعض التقديرات الحديثة إلى أن مسئولية العاقلة لا تنشأ إلا إذا لم يكن هناك تأمين أو كان مقداره لا يساوي مقدار الواجب من الدية والأرش. وهذا هو الذي أخذ به مشروع العقوبات المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية؛ فقد تضمنت مادة 28 من هذا المشروع أنه (تجب الدية على العاقلة في القتل الواقع من المجنون أو من به عاهة في العقل أو من غير البالغ، إلا أن يكون مؤمّناً من المسئولية الناشئة عنه، فتجب الدية على المؤمِّن في حدود التزامه، فإن بقي منها شيء كان على العاقلة).

والتأمين الجائز إنما هو ذلك الذي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: علاقة السببية

223 - يشترط للحكم بالضمان قيام علاقة السببية بين التعدي والضرر، بمعنى أن الضرر لم يكن ليوجد إذا لم يوجد التعدي. أما إذا انتفت علاقة السببية بين الضرر والتعدي فإن مسئولية المتعدي لا تنشأ، لأن الضرر لا يضاف إلى فعله، والقاعدة الشرعية أن الإنسان لا يسأل عن فعل غيره. ورغم وضوح هذا المعنى فإن تطبيقه في الواقع العملي كثيراً ما يكتنفه الغموض لتنوع مفهوم السببية في الأذهان بتنوع القصود والمواقف، ولتعدد المعايير المعتمدة في قياس هذه العلاقة. ويلزم لإزالة هذا الغموض النظرُ في مفهوم السببية في البيئات الفكرية المختلفة وتحديدُ الأسس المقبولة لضبط مفهومه في مجال موضوع الضمان، وتطبيقُ هذه الأسس في تلك المجالات التي يدق فيها اكتشاف هذه العلاقة.

مفهوم السبب:

224 - السبب في الاستعمال اللغوي هو الطريق إلى الشيء أو ما يتوصل به إلى أمر من الأمور كالحبل. ويشمل بهذا الإطلاق العام كلاً من المباشرة والتسبب، لأنهما يؤديان جميعاً إلى النتيجة؛ فحفر بئر ووقوع أحد فيه يؤدي إلى الضرر مثله مثل الإلقاء في هذا البئر. وعبارة الزنجاني في ذلك: (اعلم أن السبب في وضع اللسان عبارة عما يتوصل به إلى مقصود كالطريق الموصل إلى المكان المقصود، والحبل الذي ينزح الماء بالاستقاء لا بالحبل لكن لا بد من الحبل، وأسباب السماوات طرائقها. قال الشاعر:

ومن هاب أسباب المنايا ينلنه ... ولو نال أسباب السماء بسلم[7]

(7) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: 351.

وقد ورد في القرآن بهذا المعنى[8]. وينبغي لذلك وضع هذا المعنى في الاعتبار عند تحديد المفهوم الاصطلاحي للسبب.

225 ـ المفهوم الفلسفي للسبب: تأثر الفلاسفة المسلمون، كالفارابي وابن سينا وابن رشد، بنظرية السبب أو العلة في صياغة أرسطو لهذه النظرية. ولم يقصد أرسطو بالسبب أو العلة في كتابيه الطبيعة وما بعد الطبيعة مفهوم تتابع الحوادث في الزمان وإنما قصد بهما الأجزاء التي يتكون منها الموجود في إطار نظريته في العلل الأربع. ويفرق أرسطو في نظريته هذه بين العلل الداخلية التي تتألف منها الموجودات، وهي المادة والصورة، وبين العلل الخارجية، وهي الحركة والغاية. ولتوضيح ذلك فإن أي مبنى يتألف من هذه العلل الأربع؛ فهناك العلة المادية التي يتألف منها هذا المبنى كالطوب والخشب، وهناك العلة الصورية، المتمثلة في الصورة التي في ذهن بانيه، وهناك العلة الفاعلة المتمثلة في تنفيذ إقامة هذا البناء، وهناك العلة الغائية المتمثلة في المقصود من إقامته، وهي السكنى فيه. ولا ينطبق ذلك عنده على جميع الموجودات؛ فالله هو العلة الغائية لهذا العالم الذي يتحرك شوقاً إليه وعشقاً له. والإنسان مادة ونفس تتجلى فيهما العلة الصورية والفاعلة والغائية. ومع أن هؤلاء الفلاسفة أدخلوا عدداً من التغييرات في شكل هذه النظرية وترتيب عناصرها فقد حظيت بالقبول عندهم، وظلوا يتحدثون عن العلة أو السبب بهذا المفهوم، وعن الفاعل أو مبدأ الحركة، والهيولى أو المادة أو العنصر، وعن الصورة، وعن الغاية أو الغرض أو التمام، باعتبارها علل الموجودات. وهي عند ابن سينا تتحرق شوقاً إلى كمال ماهية الله عز وجل.

ويهدف أرسطو بنظريته في العلل الأربع ومن تأثر بها إلى تقديم تفسير عام للوجود، لتيسير إدراك العلاقات بين أجزائه وفهم الظواهر التي تتوالى في الوجود. وهذا هو القصد من معرفة الأسباب في الدراسات الفلسفية الحديثة التي تهدف إلى تقديم تفسير للظواهر المحيطة بنا في هذا الكون والكشف عن النظام الذي تستند إليه في تواليها وتتابعها في الوجود.

226 ـ عند المتكلمين: ذهب عدد من المتكلمين والمتصوفة إلى نفي الأسباب والقول بعلة فاعلة واحدة، أو بفاعل واحد، هو الله. من بين هؤلاء الجهم بن صفوان ومن تبعه ممن يقولون (بأن العبد ليس بفاعل حقيقة، وإنما هو كاسب حقيقة، ويثبتون مع الكسب قدرة لا تأثير لها في الكسب، بل وجودها وعدمها بالنسبة إليه سواء، ولكن قرنته به من غير تأثير فيه. وزعموا أن كل ما في الوجود من القوى والطبائع والأسباب العلوية والسفلية كقدرة

(8) وردت هذه الكلمة في قوله تعالى: ﴿وتقطعت بهم الأسباب﴾ البقرة: 166، وفي قوله تعالى: ﴿وقال فرعون يا هامان ابن لي صرحاً لعلي أبلغ الأسباب أسباب السماوات فأطلع إلى إله موسى﴾ غافر: 37,36.

العبد لا تأثير لشيء منها فيما اقترنت به من الحوادث والأفعال والمسببات، بل قرن الخالق هذا بهذا لا لسبب ولا لحكمة أصلاً. . . وكثير من هؤلاء كأبي الحسن وأتباعه ومن وافقهم من متأخري أصحاب مالك والشافعي وأحمد مثل ابن عقيل والجوزي وأمثالهما. . جعلوا أفعال العباد فعلاً لله، والفعل عندهم هو المفعول، فامتنع مع هذا أن يكون فعلاً للعبد، لئلا يكون فعل واحد له فاعلان[9]. ولا يبعد عن ذلك ما أخذ به الجبرية[10]. ويرى هؤلاء أن الرُّخَصَ والغلاء من الله تعالى بدون واسطة[11]، كما يرون أنه لا يجب التكسب على العبد لأن الرزق مضمون، ولا يمكن طلبه، لأنه شيءٌ من فعل الله بالعبد كالحياة والموت، لا يقدر العبد على تحصيله ولا رفعه. وقد اعرض القدرية عن الأخذ بالأسباب الشرعية والأعمال الصالحة اغتراراً منهم بالقدر[12].

وقد ذهب جمهور متكلمي الإسلام إلى إثبات الأسباب، واعتقدوا أن (محو الأسباب أن تكون أسباباً نقص في العقل، والإعراض عن الأسباب بالكلية قدح في الشرع. ومجرد الأسباب لا يوجب حصول المسبب، فإن المطر إذا نزل وبذر الحبّ لم يكن ذلك كافياً في حصول النبات، بل لا بد من ريح مُرْبِيَة بإذن الله، ولا بد من صرف الانتفاء عنه. . وتمام الشروط وزوال الموانع، وكل ذلك بقضاء الله وقدره[13]. ولا يُنَالُ أجر الآخرة بمقابلة العمل، فيما دل عليه حديث النبي ﷺ: «لن يدخل أحدكم الجنة بعمله قالوا: ولا أنت يا رسول الله؟ قال: ولا أنا، إلا أن يتغمدني الله برحمة منه وفضل» والباء في قوله تعالى: ﴿ادخلوا الجنة بما كنتم تعملون﴾ هي باء السبب، والمنفي في الحديث هو معنى المعاوضة أو المقابلة[13]. ويفرق هؤلاء المتكلمون بين الإنسان وبين الطبيعة، من حيث إن الطبيعة مخلوقة مسخرة بتدبير خالقها، وهو الله، وكل ما يقع فيها فهو واقع بإيجاب الخلقة، وحسب القوانين الثابتة الحتمية التي لا تتخلف. أما الإنسان فله إرادة واختيار في غير ما يتعلق بأفعاله الاضطرارية، كارتعاشة اليد ونبض القلب وغير ذلك مما لا سبيل للإنسان إلى السيطرة عليه. غير أنهم اختلفوا في مدى هذه الإرادة وذلك الاختيار، وذهبوا في ذلك مذاهب شتى.

227 ـ وقد اعتقد المعتزلة أن أفعال العباد الإرادية حادثة عن جهتهم بقدرة أودعها الله فيهم، ولا فاعل لها سواهم[14]، بناء على أن هذه الأفعال لا يمكن إضافتها إلى الله

(9) مجموع فتاوى ابن تيمية: 468/8، وانظر كذلك الملل والنحل للشهرستاني: 80/1.

(10) السابق: 374/8, 521، وأيضاً الملل والنحل: 79/1.

(11) مجموع فتاوى ابن تيمية: 520/8 وما بعدها.

(12) السابق: 71/8.

(13) السابق: 70/8.

(14) انظر: في علم الكلام، دراسة فلسفية لآراء الفرق الإسلامية في أصول الدين، المعتزلة للدكتور أحمد =

سبحانه، لأن فيها ظلماً وإثماً أحياناً، والظلم محال على الله، كما أن إضافة هذه الأفعال إليهم هي التي تبرر مبدأ مسئوليتهم عنها ومحاسبتهم عليها.

وإذ يسلم المعتزلة بقدرة الإنسان على إحداث أفعاله في نفسه، وذلك كقيامه أو جلوسه، فقد تساءلوا عن قدرته على إحداث فعل في غيره، كإيقاع الألم والأذى والفرح والعلم بالغير نتيجة أفعال يقوم بها المرء كالضرب والإخبار بخبر سار أو حقيقة علمية أو ما إلى ذلك مما يؤثر في الآخرين تأثيراً غير مباشر. ولتوضيح ذلك فإن أفعال الإنسان عند المعتزلة على قسمين، أولهما أفعاله المباشرة، كقيامه وجلوسه وضربه وإخباره، والثاني هو الفعل المتولد عن هذا الفعل المباشر الذي يعد سبباً له، كإحساس المضروب بالألم، أو بالأذى، أو ما إلى ذلك مما يعتبر نتيجة للفعل المباشر. وهذا هو مفهوم التولد الذي يعرفه التهانوي بأنه (الفعل الصادر عن الفاعل بواسطة، ويقابله المباشر)[15]. وحدَّه بعض المعتزلة بأنه الفعل الذي يكون مني ويحل في غيري، كما حدَّه بعض آخر منهم بأنه (الفعل الذي أوجدتُ سببه، فخرج من أن يمكنني تركه وقد أفعله في نفسي وأفعله في غيري). وفسره آخرون بأنه (الفعل الثالث الذي يلي مرادي، مثل الألم الذي يلي الضربة، ومثل الذهاب الذي يلي الدفعة)، وفسره الإسكافي أحد شيوخ المعتزلة بأنه كل فعل يتهيأ وقوعه على الخطأ دون القصد إليه والإرادة له فهو متولد، وكل فعل لا يتهيأ إلا بقصد، ويحتاج كل جزء منه إلى عزم وقصد إليه وإرادة له فهو خارج عن التولد[16]. وبهذا فإن الإنسان قادر على إحداث أفعاله المباشرة التي يتحرك عزمه وإرادته إليها ويستطيع التوقف عن الاستمرار فيها، كما أن ما يتولد عن فعله من نتائج معلولة لهذا الفعل تضاف إليه كذلك بمقتضى مبدأ العلية. وعلى سبيل المثال فإن الضربة والصدمة والرمية من فعل الفاعل بوجه مباشر، ويتولد عنها ما يضاف إلى فعله إذا كان سببها منه. ولو رمى سهماً ثم مات الرامي قبل أن يصيب السهمُ المقذوف، ثم أصابه فآلمه وقتله، فإن الألم والقتل يضاف إلى فعل الرامي بالسبب الذي أحدثه وهو حي. ومع ذلك فقد ذهب بعض المعتزلة إلى أن الأفعال التي تضاف للإنسان هي أفعاله المباشرة التي يتمكن من تدارك وقوعها والتدخل في مجراها والكف عنها أو الاستمرار فيها. أما جمهور المعتزلة فقد أخذ بأن الفعل المباشر ومسبَّبَهُ مما يضاف لفاعله، سواء تفطن لهذا المُسَبَّب أو لم يتفطن، وهذه الإضافة هي التي تبرر مسئولية الإنسان عن نتائج أفعاله.

= محمود صبحي ط. ع 1982 ص 149، ودائرة المعارف الإسلامية مادة سبب تعليق أستاذنا الدكتور عبد الهادي أبو ريدة، والملل والنحل للشهرستاني: 49/1 ونشأة الفكر الفلسفي في الإسلام لأستاذنا الدكتور علي سامي النشار دار المعارف: 434/1.

(15) كشاف اصطلاحات الفنون: 147/2.

(16) مقالات الإسلاميين للأشعري: 302/2، 303، 409، وانظر كذلك: في الفلسفة الإسلامية: منهج وتطبيقه للدكتور إبراهيم مدكور: 107/2 وما بعدها نشر دار المعارف بمصر بدون تاريخ.

228 ـ وفي رأي الأشعري أن أفعال العباد مخلوقة لله سبحانه وتعالى وليس للعبد سوى كسبه واختياره. والكسب هو مجرد تعلق قدرة العبد وإرادته بالفعل الذي هو من صنع الله، لأن قدرتنا لا تؤثر في مقدورها، وهي نفسها مخلوقة لله، وإنما أجرى الله عز وجل سننه بأن يخلق مع القدرة الحادثة الفعل الذي أراده العبد وقصد إليه. وترجع الأفعال المتولدة هي الأخرى إلى الله عز وجل. وبهذا فإن الإنسان إذا رمى سهماً لم يكن هو الفاعل على الحقيقة، بل الفاعل هو الله[17]. وقد خضع مذهب الأشعري في الكسب للعديد من التعديلات من أهمها ما جاء به الرازي الذي لم يقنع بفكرة الكسب في تفسير الأشعري لها، وإنما أراد أن يفسرها على نحو يجعلها قدرة وإرادة حادثة حقيقية، تكون هي مناط المسئولية. وقد ذهب الآمدي مذهباً قريباً من ذلك[18].

229 ـ وقد أراد الماتريدي إقامة مناط تكليف الإنسان على حرية إرادته واختياره؛ فذهب إلى أن الإنسان فاعل مختار حقيقة، وأن أفعال الإنسان من خلق الله ومن كسب العبد، أي أنها من قصده واختياره. ويختلف مفهوم الكسب عنده بهذا عن مفهومه لدى الأشاعرة، من جهة أن الكسب الأشعري مجرد مصاحبة القدرة الحادثة للمقدور، فهو أمر سلبي يقترن بالفعل ولا يسبقه، أما الكسب الماتريدي فهو عمل إيجابي سابق على الفعل. وعنده أن القصد هو مناط التكليف، ويستحق العبد الثواب أو العقاب بناء على قصده شريطة توافر القدرة على الفعل أو الاستطاعة. ولهذا رفع التكليف عن النائم والصبي ومن لا قصد له، كما أن الحج لا يجب إذا لم توجد الاستطاعة. والماتريدي بهذا أقرب إلى المعتزلة من الأشاعرة الذين يؤدي مذهبهم في الكسب وعدم تأثيره إلى القول بالجبر لا محالة، كما لاحظ المنتقدون لمذهبهم، مما ينقله ابن تيمية من عبارة شاعت على ألسنة الخصوم، وهي: (ثلاثة أشياء لا حقيقة لها: طفرة النّظام، وأحوال أبي هاشم، وكسب الأشعري)[19].

230 ـ ومن الطبيعي أن يختلف علماء الكلام والفلاسفة إزاء هذه المشكلة الكبرى التي علقوا عليها تفسير حقائق الوجود وإدراك علاقاته ورسم أبعاد حرية الإنسان ومدى هذه الحرية وأساس مسئوليته عن أفعاله وعلاقة كل ذلك بحقائق العدل الإلهي والقدرة الإلهية والخلق وما إلى ذلك من أمور بالغة التعقيد والصعوبة على العقل البشري. ولذا كان من الطبيعي أيضاً أن تؤدي زيادة الآراء في هذه المشكلة إلى زيادة صعوبتها لا إلى تيسير حلولها، والناظر فيها كالناظر في شعاع الشمس، كلما ازداد نظراً ازداد حيرة.

(17) الإرشاد لإمام الحرمين: القاهرة 1950 ص 233.

(18) غاية المرام في علم الكلام: ص 214-223، والرازي أساس التقديس ط. القاهرة 1935 نقلاً عن مدكور: في الفلسفة الإسلامية: ص 121.

(19) مجموع فتاوى ابن تيمية: 128,8.

أما على المستوى الفقهي والخلقي فلم تكن المشكلة بهذه الصعوبة، إذ هدف الفقهاء من البحث في العلية والفاعلية الإنسانية إلى إقامة المسئولية والمجازاة على أسس عملية لا تتخلف في التطبيق الواقعي. ولذلك نجد الفقهاء على اختلاف مشاربهم يسلمون بالمبادىء التالية:

(أ) إثبات قدرة الإنسان وإرادته، بهما يناط تكليفه، وتثبت حرية اختياره، لكن في عالم خاضع للقوانين التي خلق الله هذا العالم عليها. وهو فاعل حقيقة لأفعاله التي تقوم به ولنتائج هذه الأفعال. وفي ذلك يقول ابن تيمية: (الذين اتبعوا السلف في هذا الأصل كلهم يقولون إنه «أي الإنسان» فاعل حقيقة، كما صرح بذلك أئمة أصحاب المذاهب الأربعة، وأصحاب أبي حنيفة ومالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل، وغيرهم، وكتبهم مشحونة بذلك)[20].

(ب) **إثبات الأسباب وتأثيرها في مسبباتها**: ويعتبره ابن تيمية مذهب الفقهاء. يقول في ذلك: (ومذهب الفقهاء أن السبب له تأثير في مسببه، ليس علامة محضة، وإنما يقول إنه علامة محضة طائفة من أهل الكلام الذين بنوا على قول جهم)[21]. ولا تختلف قدرة العبد مع فعله في التأثير عن تأثير سائر الأسباب في مسبباتها؛ فالله تعالى خلق الأسباب والمسببات، وجعل قدرة العبد وفعله سبباً من هذه الأسباب.

(جـ) لا تناقض بين فاعلية السبب وتأثيره وبين عموم القدرة الإلهية، لافتقاره إليها وإمكان تدخل هذه القدرة لإبطال تأثيره؛ فالأسباب (ليست مستقلة بالمسبَّبات، بل لا بد لها من أسباب أخرى تعاونها، ولها مع ذلك أضداد تمانعها. والمُسبَّب لا يكون حتى يخلقَ الله جميع أسبابه، ويدفع عنه أضداده المعارضة له. وهو سبحانه يخلق جميع ذلك بمشيئته وقدرته كما يخلق سائر المخلوقات، فقدرة العبد سبب من الأسباب. وفعل العبد لا يكون بها وحدها، بل لا بد من الإرادة الجازمة مع القدرة)[22].

(د) الإنسان مسئول عن أفعاله المباشرة وعن نتائجها المتولِّدة منها، فالقاعدة الفقهية أن الرضا بالشيء رضا بما يُتَوَلَّد منه[23]. وإذا كانت أفعاله لا تستقل بما يتولد عنها فإن مسئوليته عن نتائج أفعاله الخارجية محكومة بما تؤدي إليه مثل هذه الأفعال في العادة.

(هـ) مناسبة الأحكام الشرعية لما أنيط بها من مصالح ومقاصد، وهو ما يعرف بمبدأ (تعليل الأحكام الشرعية)[24].

(20) مجموع فتاوى ابن تيمية: 483/8.

(21) السابق: 485/8.

(22) السابق: 478/8.

(23) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 141، والمنثور في القواعد للزركشي: 176/2.

(24) انظر في ذلك قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام 5/1 وما بعدها، والمستصفى ص 11، والتوضيح: =

231 ـ السبب عند الأصوليين: يراد بالسبب في أشهر معانيه عند الأصوليين قسم الحكم الوضعي المعروف بأنه (وصف ظاهر منضبط، جعله الشارع علامة على وجود حكم شرعي بحيث يوجد الحكم بوجوده وينتفي بانتفائه وذلك كالغروب لوجوب صلاة المغرب وكالقتل العمد العدوان الموجب للقصاص، وكملك النصاب الموجب للزكاة، وكإتلاف مال الغير أو غصبه الموجب للضمان فكلها أوصاف ظاهرة منضبطة أناط بها الشارع الحكمة، بحيث يوجد بوجودها وينتفي بانتفائها، كما هو الحال في العلوم الطبيعية التجريبية[25]، لأن القصد في كل من هذين المجالين هو ربط الظاهرة، أو الحكم الشرعي، بالسبب الذي يتعلق بهما. ويشمل السبب بهذا المفهوم كلاً من الأفعال الإنسانية والوقائع الطبيعية، كما يشمل الأوصاف المناسبة للحكم، كملك النصاب لوجوب الزكاة، والأوصاف التي لا تناسب الحكم، كوجوب صلاة المغرب بالغروب. وإنما تؤدي الأسباب في هذين القسمين إلى موجباتها أو أحكامها بجعل الشارع وإيجابه، فإن (نصب الأسباب أسباباً للأحكام أيضاً حكم من الشرع، فلله تعالى في الزنا حكمان، أحدهما وجوب الحد عليه، والثاني نصب الزنا سبباً للوجوب في حقه، لأن الزنا لا يوجب الرجم لذاته وعينه، بخلاف العلل العقلية، وإنما صار موجباً بجعل الشارع إياه موجباً، فهو نوع من الحكم)[26]، ولذلك يورده الأصوليون ضمن أنواع الأحكام الشرعية.

تقسيم السبب في الاصطلاح الفقهي:

232 ـ يراد بالسبب في اصطلاح الفقهاء ما يقابل المباشرة. وقد نصت المادة 887 من المجلة العدلية على تعريف مباشرة الإتلاف بأنه هو: (إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين المباشر والتلف فعل آخر). أما الإتلاف بالتسبب فقد ورد تعريفه في المادة 888 من هذه المجلة بأنه هو التسبب في تلف شيء. يعني أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر، ويقال لفاعله متسبِّب، فإن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً. وكذا إذا شق واحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً).

والمباشرة بهذا هي السبب القريب الذي لا يتوسط بينه وبين نتيجته المتولدة عنه فعل آخر، أما السبب فهو أبعد من المباشرة، لتوسط عامل آخر بينه وبين النتيجة، هو العلة في

= 522/2، والموافقات للشاطبي: 6/2، والمصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان: ص 19.

(25) الأحكام للآمدي 110/1.

(26) المستصفى: 112.

الاصطلاح الأصولي. ويشير الغزالي وبعض فقهاء الشافعية إلى تعريف السبب في مقابل المباشرة بما لا يخرج عن ذلك، فعند الزنجاني أن السبب هو (ما أفضى إلى الحكم بواسطة أو وسائط، كقوله إذا دخلت الدار فأنت طالق، سمي سبباً لتوقف الحكم على واسطة دخول الدار)[27]. ومنه أن يرمي شخصاً فلو مات ضمنه الرامي، مع أن الموت حدث بالجرح، نظراً لأن الجرح يضاف إلى الرمي الذي هو علته. ولو أكره امرأة على الزنا فحملت منه وماتت من الولادة ضمن الزاني ديتها، لموتها بتعديه الذي هو علة حملها وولادتها. ومن جنسه على سبيل المقارنة حكم محكمة انجليزية بتعويض بنت قائد سفينة احتكت بها سفينة أخرى فنزل القائد من سفينته وركب زورقاً قاصداً التفاهم مع قائد السفينة التي صدمته، وفي هذه الأثناء هبت عاصفة شديدة أغرقت الزورق، ومات هذا القائد. وإنما حكمت المحكمة بمسئولية القائد المعتدي عن موت الآخر، بناء على أن نزوله إلى القارب بعد الصدام والرغبة في التفاهم نتيجة طبيعية للحادث نفسه، فيتحمل مسئولية غرقه هذا الآخر[28].

233 ـ ويعرف المالكية التسبب بأنه (ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة، كحفر البئر في محل عدواناً، فيتردى فيه بهيمة أو غيرها، فإن أرداها غير الحافر فالضمان عليه دون الحافر، تقديماً للمباشرة على المتسبب). ومن جنسه وضع السم في الطعام ووقد النار قريباً من أرض الجار أو ملكه فتنتقل إليه، ونحو ذلك مما من شأنه أن يفضي في الغالب والمعتاد إلى التلف.

ويتفق الحنابلة مع غيرهم في التفريق بين المباشرة والتسبب؛ فالإتلاف بالتسبب عندهم كل (فعل يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه. ويعبر عن الفاعل بالمتسبب). ويوافقهم الشيعة الإمامية في تعريف التسبب بما لا يخرج عن ذلك.

234 ـ والمفهوم الأصولي للسبب بهذا التحديد أعم من مثيله الفقهي، وإن اشتركا في المعاني التالية:

(أ) السبب هو الوصف الظاهر المنضبط الذي أناط به الشارع الحكم، سواء تمثل ذلك في واقعة طبيعية أو فعل إنساني. غير أن السبب في الجنايات والضمانات قاصر على الأفعال الإنسانية وحدها، لأنه لا تكليف للحيوانات والجمادات. وفي هذا المجال يشمل السبب كلاً من المباشرة والتسبب إذا أديا إلى الضرر.

(ب) التسبب يقابل المباشرة من جهة أن المباشرة تؤدي إلى الضرر دون تدخل واسطة، أما التسبب فإنه يؤدي إلى الضرر مع تدخل واسطة أو عدة وسائط بين الفعل

(27) تخريج الفروع على الأصول: ص 352.

(28) انظر قضية Oropeasn v. Some other ships.

والضرر. غير أنه إذا تعددت الوسائط وقويت في ذاتها، على نحو أضعف التسبب فإن الضرر يضاف إلى المتوسط أو العلة لا إلى السبب. وذلك كما لو ضرب زيد عمراً ضربة أفقدته وعيه فجاء آخر وأطلق الرصاص عليه وقتله، فإن زيداً يسأل عن الضرب، ويطلق عليه الفقهاء اصطلاح صاحب السبب، أما الذي أطلق الرصاص فهو الذي يسأل عن القتل، وهو صاحب العلة في اصطلاح الفقهاء.

(جـ) اتفق الفقهاء على تقديم صاحب العلة أو المباشرة عند اجتماعه مع المتسبب في الضمان، وعلى تقديم المتسبب إذا قويت نسبة الضرر إلى فعله، كما لو كان فعل صاحب العلة، أو المباشر، متولداً عن فعل صاحب السبب. ولذا لو شهد شهود زور بالقتل فحكم القاضي بالقصاص ضمن الشهود، لا القاضي، مع أنهم أصحاب سبب، لأن فعل صاحب العلة ناشىء عن فعلهم ومتولد عن شهادتهم.

(د) يقترب التقسيم الفقهي للعلاقة بين السبب ونتيجته من حيث المباشرة والتسبب من تقسيم المعتزلة للأفعال الإنسانية إلى مباشرة ومتولدة، من حيث الإضافة للفاعل ومسئوليته عنهما وتأثيرهما في النتيجة الناشئة عنهما وتقدم المباشر على غيره في هذا التأثير. وعلى الرغم من وضوح الأساس الواقعي لهذا التقسيم فإن نتائجه العملية طبقاً لبعض الاتجاهات الفقهية في تفسيره لا تتفق مع قواعد المنطق والعرف، فهناك فرق على المستوى العملي والتشريعي بين من يمسك سكيناً أو خنجراً ويطعن به شخصاً حتى يموت وبين من يحفر حفرة أو يترك شيئاً له في الطريق فيصطدم به إنسان ويموت، مع أن من المحتمل أن سبب الوفاة في التشخيص الطبي في الحالتين واحد، هو الصدمة العصبية. لكن الفرق أن هذه الصدمة كانت نتيجة مباشرة لفعل الأول في الزمن دون الثاني الذي فصل عامل الوقت بين فعله وبين نتيجة هذا الفعل. غير أن ما تطؤه الدابة بإهمال الراكب يعد من فعله المباشر في كثير من التفسيرات الفقهية بخلاف وضع السم في إناء وإقناع أحد الأشخاص بتناوله فإنه يعد من التسبب. ولا فرق فيما يبدو لي بين قطع حبل قنديل وبين انكسار القنديل نفسه في أن إتلافهما معاً من الإتلاف بالمباشرة، مع أن المادة 888 من المجلة العدلية تنص على أن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً لسقوط القنديل وانكساره أنه يعتبر قد (أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً)، لأن كسر القنديل نتيجة اصطدامه بالأرض، وقطع الحبل نتيجة اصطدامه بالآلة المحددة، وكل ذلك نتيجة لفعله وتحرك إرادته لهذا الفعل. والذي تجدر الإشارة إليه أن التقسيم الكلامي للأفعال الإنسانية قد انتقل إلى التفكير الفقهي وأسفر تطبيقه في هذا المجال عن قدر من الغموض يتعين توضيحه في مناسبته من هذا البحث.

235 ـ الضوابط العامة لمفهوم السببية في الاصطلاح الفقهي: تجتمع المباشرة والتسبب في إفضائهما إلى نتيجة معينة، طبقاً للقوانين الطبيعية التي خلق الله الكون عليها.

ويخضع الفعل الإنساني بعد انفصاله عن فاعله، من حيث تأثيره ونتائجه، إلى هذه القوانين التي توصف بالحتمية إلى حد كبير، خلافاً للفعل الإنساني قبل صدوره فإنه يتمتع بقدر من الحرية التي تعد أساس مسئوليته في الفكر الفلسفي والكلامي الذي سلفت الإشارة إليه. وينصب الاهتمام الفقهي على دراسة السببية لتعيين المسئولية عن نتائج الأفعال الإنسانية وتحديد نطاقها ومداها، لا خلاف في ذلك بين المباشرة أو التسبب. أما الهدف الفلسفي أو الكلامي من دراسة السببية فهو هدف أعم من ذلك، والقصد منه هو تفسير الظواهر والبحث عن أسبابها القريبة والبعيدة على السواء. ومع ذلك فإن السببية في المجالين التشريعي والفلسفي هي إسناد نتيجة إلى أمر من الأمور سواء كان فعلاً إنسانياً أو واقعة مادية بغية إقامة العلاقات بين الوقائع المتنوعة والظواهر التي تتوالى في الوجود. وليس البحث في السببية خاصاً بالتشريع أو الفلسفة، بل هو أمر مركوز في الفطرة الإنسانية وهو سلاح العامي والعالم على السواء في الوقوف على الأسباب والربط بينها وبين مسبباتها. وإنما تتقدم المعارف في العلوم المختلفة العلمية والاجتماعية بتقدم الوعي بالارتباط بين الأسباب ومسبباتها.

236 ـ وتضبط المعاني التالية الأسس العامة لتناول السببية في التفكير الفقهي:

(أ) السببية هي ربط الضرر الذي أراد الشارع رفعه أو الزجر عنه بفعل من الأفعال الإنسانية لإقامة مسئولية صاحبه عن هذا الضرر وإيجاب ضمانه أو العقوبة عليه. وهي بهذا المفهوم رابطة عقلية تستند في إدراكها إلى التجارب والذكاء ومناهج التفكير العلمي العامة المتبعة في العلوم المتنوعة، وليست حكماً تشريعياً. ويجب ألا نتوقع لهذا أن نجد في الفقه الإسلامي معياراً جامداً لاكتشاف علاقة السببية فذلك ما لم يقدمه أي قانون، وبدلاً من ذلك فإن هذا الفقه يقدم عدداً من المعايير أو الضوابط التي تتسم بالمرونة وتترك للقاضي فهم الوقائع وتقدير الملابسات والنتائج في ضوء اعتبارات عديدة قد لا تدخل تحت حصر.

(ب) تختلف السببية في التفكير الفقهي عنها في التفكير الفلسفي، من جهة أن الهدف من تعيينها في النظر الفقهي هو إقامة المسئولية وتحديد مداها ودرجتها. أما في الفلسفة فإن الهدف هو تفسير الظواهر والكشف عن العوامل المؤثرة فيها وتفسير الوجود نفسه. والمثال الذي يوضح ذلك أن سقوط خشبة من شرفة مبنى تحت الإنشاء على رأس أحد المارة قد يستوجب على القاضي والفقيه النظر في الأسباب التي أدت إلى الضرر الناشىء عن سقوط الخشبة. ومن الواضح أن هذا الضرر قد حدث من توالي عدة أسباب تبدأ باصطدام الخشبة برأس المتضرر وتتعلق بسرعة الريح وقوانين الجاذبية ورفع عامل البناء لهذه الخشبة أو إهماله في وضعها في الشرفة. ومهمة الفقيه أو القاضي هو إسناد الضرر إلى فعل إنسان يعد سبباً له. أما الوسط الطبيعي من جاذبية وسرعة فينبغي إغفال اعتبارها في هذا الإسناد إذا كانت مألوفة ولا تنقص من مسئولية الفاعل، لأن عليه أن يأخذها

في اعتباره عند تحرك إرادته إلى إحداث فعل أو ترك. أما مهمة الفيلسوف أو الباحث الاجتماعي فلا تنحصر في إلقاء المسئولية على هذا العامل أو ذلك، وإنما تتعلق بالعمل على تفسير الظاهرة بالرجوع إلى العوامل الطبيعية والأفعال الإنسانية. ولا يبعد لذلك أن يدخلا في اعتبارهما سبب مرور المتضرر في الشارع لحظة سقوط الخشبة، مما قد يرجع إلى عوامل شخصية وتاريخية تتعلق بأسلافه وإلى عوامل أخرى جغرافية واقتصادية واجتماعية. وتشمل السببية في الاعتبار الفلسفي بهذا مجموع القوى المؤثرة في إنتاج الظاهرة والتي يؤدي غياب أي منها إلى غياب هذه الظاهرة، ولذا فإن هذه الأسباب تتساوى في التأثير، ولا يمكن الترجيح بينها في الأهمية من هذا الوجه، لأن كل سبب منها هو الذي يهيىء السبب الذي يليّه في الوجود لأداء دوره. أما السببية في التفكير الفقهي فتتعلق بالسلوك الإنساني من جهة تدخله لترجيح إيجاد نتيجة من النتائج للكشف عن مسئولية صاحب هذا السلوك. ومن الممكن لذلك من الوجهة الفقهية إجراء مقارنة بين الأسباب المتعددة والمتداخلة بحسب خطورتها وأهميتها وموقعها في إنتاج الضرر.

(جـ) تختلف السببية عن كل من الخطأ والعمد، من جهة أن السبب هو ما يتوقف على وجوده وجودُ المسبَّب، أما الخطأ فهو السلوك مسلكاً مخالفاً للسلوك الصحيح، والعمد هو قصد هذا السلوك. والسببية بهذا علاقة ذهنية موضوعية تخضع في دراستها للقواعد المنطقية، على حين أن الخطأ والعمد حكم أخلاقي أو قانوني يستند إلى نصوص الشريعة ومبادئها. وإنما يقتضي قيام المسئولية عن الضرر إثبات كل من السببية بين الضرر وبين الفعل الذي أدى إليه مع إثبات تعدي الفاعل لهذا الفعل بالقصد إليه أو الإهمال في سلوكه.

(د) يتيسر اكتشاف السببية بين الفعل والضرر إذا ترتب على الفعل مباشرة ولم يتدخل بين تواليهما في الوجود عامل آخر، كقاتل يطعن المجني عليه فيموت، وكإيقاد النار في زرع الغير بإلقاء مادة مشتعلة فيه وغصب مال الغير وإتلاف مال هذا الغير على نحو مباشر. أما إذا تعددت الأفعال والعوامل التي يحتمل نسبة الضرر إليها، كما في أحوال الإهمال المشترك وتعدد الجناة وإسهام العوامل الطبيعية أو الآفات غير المألوفة وغير المتوقعة في إحداث الضرر فإن اكتشاف السببية وتحديدها في التطبيقات الواقعية قد يدق ويغمض مما يؤدي إلى اختلاف الرأي بين الفقهاء في إسناد الضرر إلى هذا العامل أو ذاك. من ذلك أن يجرح أحد الناس شخصاً ويهمل في علاج نفسه، أو يجري جراحة عند طبيب جاهل، أو يهمل الطبيب في علاجه. ومن جنسه أن يرش بعض الطريق بالماء فيسير شخص على الجزء المبتل ويقع.

237 ـ وقد صاغ الفقهاء عدداً من المعايير التي يستعين بها القاضي والمفتي في الكشف عن السببية عند اجتماع العوامل التي يمكن اسناد الضرر إليها. من بين تلك

المعايير قاعدة إضافة الفعل إلى المباشر لا إلى المتسبب، عند اجتماعهما، إلا إذا كان فعل المباشر ناشئاً عن فعل المتسبب ومتولداً عنه [29]، وقاعدة ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه، وقاعدة إذا انتسب الضرر إلى فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه أضيف الضرر إلى الفعل الغير المأذون فيه[30]. وقد أضاف الفقهاء الضمان عند تعدد الأسباب فيما تكشف عنه عباراتهم إلى السبب الأقوى في إنتاج الضرر أو إلى السبب الأقرب وقوعاً أو إلى السبب الأول. وهذه المعايير كلها معايير تتسم بالمرونة وتترك للمجتهد حرية استقراء الوقائع وإسناد الضرر إلى فعل بعينه طبقاً لقواعد المنطق والأعراف السائدة في التفكير. وقد صاغت بعض المذاهب قواعدها في السببية على هدى من هذه المعايير العامة على حين ألزمت بعض المذاهب الأخرى أنفسها بقواعد تفصيلية لا تتسق مع القواعد المنطقية العامة وتتعارض مع المبادىء الشرعية فيما يكشف عنه التحليل التالي للمذاهب الفقهية.

238 ـ مذهب الأحناف: يتفق الأحناف مع غيرهم في مسئولية الإنسان عما يترتب على فعله من نتائج مباشرة لا يتدخل بينها وبين الفعل عامل آخر، لأن القاعدة الشرعية أن كل نفس بما كسبت رهينة، والموالاة بين الفعل والضرر في الوجود دليل على إضافة الضرر لهذا الفعل بعينه. أما إذا تدخلت عوامل أخرى بين الفعل والضرر على نحو قطع النسبة بينهما في المألوف المعتاد بين الناس فإن السببية لا تنشأ. من ذلك ما ذكره الغزالي بأن من ضرب شخصاً ضربة خفيفة ومات هذا الشخص بعدها فإن الضارب لا يكون مسئولاً عن وفاة المضروب، (فهذا لا يجعل سبباً، بل هو موافقة قدر)[35]، وإنما يعد مسئولاً عن الضرب وحده. ومن جنسه أن يضرب شخصاً فيأتي آخر ويجز رقبته بالسيف أو السكين فإن فعل الثاني قطع فعل الأول الذي لا يسأل عن الموت وإنما يكون مسئولاً عن فعله، وهو الضرب، ويختلف ذلك عما لو شهد شاهدان زوراً على شخص بجناية قتل، فحكم القاضي بالقصاص، ورفض الأولياء جميعاً العفو عنه، ونفذ الجلاد فيه الحكم بالقصاص، ثم أقر الشهود بزور شهادتهم، فإن قَتْلَ المقتص منه ظلماً هو مباشرة الجلاد، وتَسَبُّبُ رفض الأولياء العفو وحكم القاضي بالقصاص وشهادة الزور. وهذه الأسباب كلها متولدة عن شهادة الزور وناشئة عنها على نحو لم يقطع نسبة الضرر إليه، فتقع المسئولية بذلك على صاحب السبب الأول في الوقوع وجوداً، وهم الشهود.

239 ـ ويطلق الأحناف على فاعل السبب الأول في الوجود اصطلاح (صاحب السبب)، وعلى الأخير المقارف للضرب (أو المباشر) اسم (صاحب العلة). ومن الممكن

(29) القواعد لابن رجب: ص 38.

(30) المستصفى: 112.

أن يتعدد أصحاب السبب وأن يتوالى وقوعه منهم في الوجود كما لا يخفى في المثال السابق. وقاعدة الأحناف في إلقاء المسئولية على صاحب السبب أو صاحب العلة أنه إذا أمكن إضافة العلة إلى السبب قامت مسئولية صاحب السبب كما في المثال السابق، وإلا وقعت المسئولية على صاحب العلة. وفي ذلك يقول صدر الشريعة: (اعلم أنه لا بد أن يتوسط بينه [أي السبب] وبين الحكم علة، فإن كانت مضافة إليه كوطء الدابة شيئاً، فإنه علة لهلاكه، وهذه العلة مضافة إلى سوقها وهو السبب. فالسبب في معنى العلة فيضاف الحكم إليه. فيجب الدية بسوق الدابة وقودها والشهادة بالقصاص إذا رجع، لا القصاص عندنا.. لأنه جزاء المباشرة، وشهادته إنما صارت قتلاً بحكم القاضي واختيار الولي.

(وإن لم تكن مضافة إليه.. نحو.. أن تكون العلة فعلاً اختيارياً فسبب حقيقي لا يضاف الحكم إليه؛ فلا يضمن.. من دفع إلى الصبي سكيناً لمسكه للدافع فوجأ به نفسه، لأنه تخلل بين السبب، وهو دفع السكين إلى الصبي وبين الحكم فعل فاعل مختار، وهو قصد الصبيّ قتل نفسه. وإن سقط من يده [الصبي] فجرحه ضمن، لأنه لم يتخلل هناك فعل فاعل مختار، فيضاف الحكم إلى السبب وهو الدفع)[31]. وهذا النص يفيد المعنيين التاليين:

أولهما: أن المباشرة، وهي ترتب الضرر على الفعل دون واسطة، غير موجود في الواقع العملي بمفهومه الحقيقي، فإن الوفاة الناشئة عن إطلاق النار على شخص قد حدثت نتيجة الصدمة العصبية أو الهبوط الحاد أو ما إلى ذلك من علل ناشئة عن السبب، وهو إطلاق النار. وهذا هو الذي يقصده صدر الشريعة بقوله: اعلم أنه لا بد أن يتوسط بين السبب والحكم علة.

والثاني: أن معيار إلقاء المسئولية على صاحب العلة أو السبب تبعاً لإمكان إضافة الضرر إلى العلة وحدها أو السبب معيار غامض. يوضحه إلى حد ما أن الأحناف يلقون المسئولية في عدد من الفروع الفقهية على العلة دون السبب. ويمكن التمييز في هذه الفروع فيما نص عليه الأحناف بين القسمين التاليين:

أولهما: أن تكون العلة فعلاً اختيارياً لإنسان أو حيوان أو طائر. من ذلك مثال دفع السكين للصبي إذا طعن نفسه بها، بخلاف ما لو وقعت من يد الصبي حالة إمساكها للدافع، إذ ينسب الضرر في هذه الحالة لفعل الدافع، لأنه لم تنقطع نسبته بتدخل فاعل مختار. ومن جنسه أن يفتح قفص طائر فيهرب ويضيع، فالفاتح للقفص هو صاحب السبب وطيران الطائر هو العلة في الضياع أو تلف الطائر نفسه فينسب للعلة وهي الطيران لا إلى السبب وهو فتح

(31) التوضيح: 705/2.

القفص. ومن ذلك من الجنايات وضع السم في الماء لمن يعرف الجاني تعوده على الشرب منه، فإنه إذا شرب ومات أضيفت الوفاة إلى شربه، وهو العلة، لا إلى السبب وهو وضع السم في الماء، ومن ذلك أن يدل أحد السارق على مال الغير فإذا سرقه كان اللص صاحب علة والدال صاحب سبب، ويتقدم اللص في المسئولية على الدال لذلك.

والثاني: أن تستقل العلة عن السبب بحيث لا تلزم عنه ولا تعد نتيجة له. من ذلك أن من وضع حجراً في الطريق أو (جمرة فأزالتها الريح عن محلها فأحرقت شيئاً لم يضمن الواضع)[32]، لأن الريح هي التي أزالت الجمرة أو الحجر عن موضعهما فينقطع فعل الواضع لهما ولا تلزمه النتيجة. ومن جنسه أن يضع شيئاً في الطريق فتنفر الدابة منه، فإن أصابت في ثورتها أحداً لم يضمن الواضع، لأن الإصابة لا تضاف إلى فعله[33]. ولو حمل صبياً على دابة فهلك ضمن إلا إن ساقها الصبي بنفسه فلا يضمن، لأن (مباشرة الصبي تقطع عمل المتسبب)[34]. أما إن ضرب رجلاً فسقط منه شيء وتمزقت ثيابه فإنه يضمن كل ذلك، لإضافة هذه الأضرار إلى فعله[35]. لكن لو رفع شخص الحشيش الذي يغطي مجمدة (الثلج) فأذابتها الشمس لم يضمن في اتجاه في المذهب الحنفي، لأن رفع الحشيش سبب، وفعل الشمس علة، فيضاف التلف إلى العلة لا إلى السبب، وقد (تلف لا بفعله)[36]. وفي مجمع الضمانات أن من حل رباط دابة غيره أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فطار الطير منه لم يضمن، خلافاً لمحمد[37]. ورأى محمد هو الأولى بالقبول وإن صدرت الفتوى على مذهب الشيخين في أكثر الأحوال.

240 ـ ويتجه على مذهب الأحناف في قطع السبب بتدخل علة مستقلة، سواء كانت هذه العلة فعلاً اختيارياً أو نتيجة غير لازمة عن السبب الأمور التالية:

(أ) أنه يؤدي إلى إفلات الجاني من المسئولية عن فعله أو ضعف مجازاته به على نحو لا يتناسب مع عدوانه. من ذلك أن القتل بالتسبب لا يوجب الكفارة ولا القصاص عند الأحناف ولا يتعلق به حرمان القاتل من الميراث، وإنما تجب به الدية، سواء قصد الجاني إلى القتل أو لم يقصد[38]. ولو مزق وثيقة الدين فجحده المدين لم يضمنه الذي مزقها. ولا يختلف الحكم لو قصد إلى ذلك. ويأبى العقل تبرير رفع عقوبات القتل العمد عن القتل

(32) جامع الفصولين: 122/2.

(33) السابق.

(34) السابق: 114/2.

(35) السابق.

(36) السابق: 116/2، ومجمع الضمانات: 153.

(37) السابق: 148.

(38) الهداية: 159/4.

بالسم ورفع مسئولية من قام بتمزيق وثيقة الدين بحكم أنهما صاحبا سبب لا علة.

(ب) يخالف هذا المنهج اعتراف الشارع بالأسباب وتأثيرها بوجه ما في مسبباتها، فالباء للسببية في قوله تعالى: ﴿ونودوا أن تلكم الجنة أورثتموها بما كنتم تعملون﴾ (الأعراف: 43)، وقضية تعليل الأحكام الشرعية لا تحتاج إلى مزيد بيان. ويسلم الأحناف بالأسباب وبدوران الأحكام الشرعية على أسباب وعلل معقولة المعنى، لكنهم اعتقدوا أن المسئولية لا يتحملها صاحب السبب البعيد مع وجود سبب أدنى إلى حدوث الضرر. لكن إنكار مسئولية فاتح قفص الطائر ودافع السكين للصبي بحجة بعده في السببية مما يبلغ مبلغ إنكار التسبب بمفهومه المستقر في أذهان الناس وفطرهم في تلك الأحوال التي ينقطع فيها السبب بتدخل العلل التي حكم الأحناف باستقلالها.

(جـ) يؤدي مذهب الأحناف إلى إلقاء التبعة على ما لم يعتبره الشارع أهلاً لها من القوى الطبيعية والحيوانات والطيور، كما اتضح من الأمثلة السابقة. ويجب استبعاد هذه العوامل مطلقاً عند البحث في الأسباب المحتمل إسناد الضرر إليها والاكتفاء برصد الأفعال الإنسانية بغية إسناد المسئولية إلى أي من هذه الأفعال، باعتبار أنها وحدها مناط هذه المسئولية.

(د) يغلب على الظن أن المفهوم الفقهي للتسبب يختلط أحياناً بنظيره الفلسفي، وهم على حق لذلك من الناحية العقلية العامة في اعتقادهم أن حرارة الشمس هي سبب ذوبان المجمدة وأن المقتول بالسم هو الذي اختار شرب الكوب الذي وضع فيه السم. لكن الواجب ألا نخلط بين هذين المستويين في السعي إلى إقامة المسئولية.

241 ـ ولعل دافع الأحناف إلى إيجاب استقلال السبب بالنتيجة واشتراط عدم تدخل أي عامل آخر مستقل بذاته هو التحرز من إلقاء المسئولية على المعتدي الذي لم يستقل فعله بإحداث الضرر. ومن سمات المذهب الحنفي التوسع في تفسير الشك لمصلحة المدين أو المتهم. ولذا نراهم يمنعون إجراء القياس في الحدود والكفارات[39]. كما أنهم يضيقون مفهوم العمد أو الفعل الموجب للقصاص أكثر من سائر المذاهب الفقهية. ويتمتع الغاصب عندهم بحقوق لا ينعم بها في أي مذهب فقهي آخر. فالعقار والمنفعة مطلقاً غير مضمونين بالغصب، ولو بنى على الأرض المغصوبة لا يكلف الغاصب في المذهب بهدم ما بناه إلا إذا كانت قيمة هذا البناء أقل من قيمة الأرض المغصوبة. أما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض المغصوبة فإن الغاصب يخير بين الهدم وبين أخذ الأرض ودفع قيمتها لصاحبها. ومن جنسه (ما لو غصب ساجة ـ أي خشبة ـ وأدخلها في بنائه، فإن كانت قيمة

(39) تيسير التحرير: 103/4.

البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها[40]، ويتفق بهذا تقييد مسئولية صاحب السبب عند الأحناف باشتراط عدم تدخل علة مستقلة عنه مع هذا الموقف العام الذي اتخذوه في تفسيرهم الشك لمصلحة المتهم ورعايتهم لحقوقه ومصالحه.

242 ـ ويبدو لي أن منهج الأحناف في التفريق بين صاحب السبب وصاحب العلة، وإضافة الضرر إلى العلة من حيث المبدأ ما لم تكن متولدة عن السبب، هو المسئول عما يرد على مذهب الأحناف أحياناً من مجافاة لما توجبه العدالة. ولذا يخرج الأحناف أنفسهم على هذا المنهج في كثير من المسائل، من بينها:

1 ـ السبب المعنوي للضرر: يوجب الأحناف ضمان الضرر الناشىء بفعل غير مادي كالترويع والتفزيع والحبس، إذا أضيف الضرر إلى هذا الفعل؛ فمن صاح بصبي صيحة أفزعته ومات ضمن الصائح، وكذلك لو صاح بدابة فجرت وضاعت ضمن الذي تسبب في ذلك[41]. ولو أدخل إنساناً بيتاً وأغلق عليه الباب حتى مات جوعاً فقياس مذهب أبي حنيفة أن الحابس لا يضمن، لأنه صاحب سبب، والعلة للموت هي الجوع، وليست من فعله. ويخالف في ذلك أبو يوسف ومحمد فتجب الدية عندهما، وروى قاضيخان عن محمد أن يعاقب الرجل وتجب الدية على عاقلته[42]، ولو ضرب غيره فضاعت أمواله وثيابه ضمن الضرب وحده عند أبي حنيفة ويضمن الأموال والثياب فيما ذهب إليه الصاحبان. والإفتاء في المذهب بكلا الرأيين فيما يفهم من تعدد الفتاوى المذكورة في مجمع الضمانات[43]. ولو نزع سن امرأة على نحو مفاجىء لم تتوقعه تعدياً (فتجن يوماً وتفيق يوماً محكومة عدل)[44].

2 ـ الضمان بالسعاية:

لو سعى أحد إلى سلطان أو قاض أو أية هيئة لها صفة قضائية فأغرم المشكو في حقه أو المدعى عليه ثم ظهر كذب الشاكي وأنه لم يكن محقاً في شكواه أو لم يقصد بدعواه إقامة الحسبة فما غرمه المشكو منه أو المدعى عليه وما تضرر به مضمون على الشاكي أو المدعي. والسعاية الموجبة للضمان أن يقول شيئاً هو سبب لأخذ المال دون أن يقصد الحسبة بما قال، فشمل أن يقول فلان وجد مالاً أو أصاب ميراثاً أو رفع أمراً إلى الحاكم مما يغرم به المال. وإنما أفتى المتأخرون برأي محمد بن الحسن لغلبة السعاية في أزمانهم.

(40) الأشباه والنظائر لابن النجيم: ص 88.

(41) جامع الضمانات: 172.

(42) السابق، والبدائع: 235/7، والزيلعي: 101/6.

(43) السابق: 173.

(44) السابق: 170.

وأبو حنيفة، وأبو يوسف لا يوجبان الضمان على الساعي لأنه صاحب سبب لا يتحمل تبعة ظلم السلطان وفعله[45].

3 - الترك: يوجب الأحناف المتأخرون الضمان بترك ما أوجبه الشرع من تبصر وتحوط؛ فلو أشعل النار في ملكه بطريقة مخالفة للمعتاد وتعدت النار إلى زرع جاره أو ملكه ضمن[46]. ويضمن كذلك من سقى أرضه بما يزيد على المعتاد إن تسرب الماء إلى أرض الجار وأتلف ما فيها[47]. وكذلك إذا سقط سرج الدابة أو بعض ما تحمله فأتلف شيئاً ضممنه سائقها أو قائدها، لتقصيره في شد الحزام أو الحمل[48]. والضمان - فيما يبدو - في هذه الأمثلة هو قياس مذهب محمد بن الحسن. ولا يجب الضمان في قياس قول أبي حنيفة، لأن الضرر ينسب إلى العلة وهي النار والماء أو غيرهما مما لا يضاف إلى صاحب السبب.

4 - الصدمة العصبية: من فعل فعلاً يؤدي إلى الإفزاع والترويع في العادة وإلى الإضرار كان فاعل هذا الفعل مسئولاً عما يتولد عنه. فمن حفر بئراً ووقع فيه أحد الناس دون أن يصيبه شيء من السقوط فيه، ولكنه مات من الفزع والخوف، لم يضمن في قياس قول أبي حنيفة، لأن العلة هي الفزع ولا يضاف ذلك إلى فعل الحافر، خلافاً للصاحبين؛ ففي مجمع الضمانات أن من سلم من السقوط في البئر (ومات فيها جوعاً أو غماً لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: إن مات فيها جوعاً فكذلك. وإن مات فيها غماً بأن أثر الغم في قلبه.. فمات من ذلك ضمن الحافر. وقال محمد: يضمن الحافر في الوجوه كلها، لأن الموت حصل بسبب الوقوع في البئر)[49]، فيضاف ذلك إلى فعل صاحب السبب.

5 - الإهمال المشترك: القاعدة الشرعية أن كل إنسان مسئول عن فعله وعما يتولد منه. وقياس مذهب أبي حنيفة في إضافة الفعل إلى علته لا إلى سببه وقطع السبب بتدخل فعل فاعل مختار تقييد قاعدة مسئولية الإنسان عن فعله. غير أن الفتوى في المذهب فيما يتعلق بمسائل الإهمال المشترك لا تدل على قبول هذا التقييد. من ذلك أنه لو كان (صغيران يلعبان فصرع أحدهما صاحبه فانكسر فخذه ولم ينجبر حتى لا يمكنه المشي فعلى

(45) السابق: 154-155، والفتاوى الغياثية: 116.

(46) مجمع الضمانات: 161 وما بعدها، والمبسوط للسرخسي: 23/27، وقد جاء فيه أن من أحرق حشائشه فامتدت النار إلى الغير لا يضمن إلا عند المتأخرين.

(47) السابق: 163 وما بعدها.

(48) مجمع الضمانات: 186.

(49) مجمع الضمانات: ص 180.

أقرباء الصبي من جهة أبيه خمسمائة دينار)[50]. وإنما وجبت الخمسمائة دينار، وهي نصف الدية، لأن النصف الآخر يضاف إلى فعل المتضرر نفسه فيهدر. ووجوب الدية كاملة في مقابل إذهاب منفعة المشي. ومن جنسه ما لو استأجر رجل أربعة رجال (يحفرون له بئراً فوقعت عليهم من حفرهم، ومات أحدهم، كان على كل واحد من الثلاثة ربع الدية، ويسقط ربعها، لأن البئر وقع بفعلهم، وكانوا مباشرين، والميت مباشر أيضاً فتوزع الدية عليهم أرباعاً، فيسقط ربعها ويجب ثلاثة أرباعها)[51]. ويشبه هذا الحكم ما قضى به علي رضي الله عنه في مسألة القامصة والواقصة والقارصة التي سلفت الإشارة إليها. وهناك مع ذلك أمثلة لبعض الفتاوى التي قضت بمنع الضمان لتدخل المضرور بفعله، مما يدل على وجود اتجاه في المذهب الحنفي إلى طرد العمل بمذهب الإمام في مسألة الإهمال المشترك أيضاً. من هذه الأمثلة ما أورده صاحب مجمع الضمانات في (رجل دفع إلى صبي سكيناً فضرب الصبي نفسه أو غيره بغير إذن لم يضمن الدافع شيئاً)[52]، لانقطاع فعله ورجوع الضرر إلى فعل المتضرر. وعلى سبيل المقارنة فقد كان القانون الإنجليزي يحكم بنفي الضرر إذا تدخل المتضرر بفعله على نحو أسهم في إحداث النتيجة، وذلك قبل صياغة مفهوم الإهمال المشترك Contributory Negligence في أواخر القرن الماضي، حسبما سلفت الإشارة إليه في المبحث التاريخي.

243 ـ وبهذا فإن مذهب الإمام محمد بن الحسن في إضافة الضرر إلى السبب إذا كان مسبباً له في مجاري العادات قد أقدر فقه الأحناف على الخروج من الدائرة الضيقة التي رسمها إمامه لمفهوم السببية. غير أن الفتاوى في المذهب تستند إلى رأي أبي حنيفة أو إلى رأي محمد دون وضوح كاف مما يؤدي إلى غموض مفهوم السببية في هذا المذهب. من ذلك أن صاحب مجمع الضمانات يذكر على التوالي أن من (حلّ قيد عبد غيره أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فذهب لا يضمن)، وذلك لأن الضياع مضاف إلى العلة لا إلى السبب. أما (لو كان العبد المجنون مقيداً في بيت مغلق فحل رجل قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح). وكذلك: (لو جاء رجل إلى حمار مشدود في سكة فحله فغاب الحمار لا يضمن وعن محمد أنه يضمن)[53]. والحكم بالضمان في هذه المسائل اختيار لرأي محمد، وبعدم الضمان إفتاء برأي أبي حنيفة. فَلْيُتَنَبَّه لذلك لأهميته في قراءة مسائل الضمان في المذهب الحنفي. إن أبا حنيفة يطبق مبدأ التفريق بين العلة وبين السبب، ويحكم بإضافة النتيجة إلى العلة، إلا إذا كانت العلة ذاتها متولدة عن السبب

---

(50) السابق: 170.

(51) السابق: 180.

(52) السابق: 172.

(53) مجمع الضمانات: 148.

على نحو لا يتخلف في المنطق. أما محمد بن الحسن فيحكم بإضافة النتيجة إلى السبب إذا كانت تنتسب إليه في مجاري العادات. ومذهبه في ذلك قريب من مذهب المالكية.

مفهوم السببية عند المالكية:

244 ـ يختلف المفهوم الفقهي للسببية في هذا المذهب عن مفهومها المنطقي أو الفلسفي أو الكلامي، فمعيارها عندهم هو النظر إلى مجاري العادات والواقع العملي؛ بحيث يعد كل امرىء مسئولاً عما ترتب على فعله من نتائج تولدت عن فعله؛ فمن فتح زق سمن جامد أو سائل أو حل قيد دابة أو فتح قفص طائر عدّ مسئولاً عن ضياع السمن والدابة والطائر في مألوف الناس وأعرافهم. وفي ذلك يقول الشاطبي: (إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبَّب، قصد ذلك الْمُتَسَبِّبُ أو لا، لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجرى العادات عدّ كأنه فاعل له مباشرة. ويشهد لهذا قاعدة مجاري العادات، إذ جرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها، كنسبة الشبع إلى الطعام والإرواء إلى الماء والإحراق إلى النار والإسهال إلى السقمونيا وسائر المسبَّبات إلى أسبابها. فكذلك الأفعال التي تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا. وإذا كان هذا معهوداً معلوماً جرى عرف الشارع في الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزان)[54].

ويستدل الشاطبي على إسناد الشارع النتيجة إلى فاعل سببها وإن بدت بعيدة عنه أحياناً بالعديد من النصوص الشرعية. من ذلك أن الشارع يكافىء من سن سنة حسنة بمثل أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة، دون أن ينقص ذلك من أجر من عمل بها، كما أن الشارع يعاقب من سنَّ سنة سيئة بإلقاء وزرها عليه ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة. ومن جنس ذلك ما جاء في القرآن الكريم أن ﴿من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً﴾ (المائدة: 32) واعتدى على الحياة ذاتها، وفي السنة أنه لا تقتل نفس ظلماً إلا كان على ابن آدم الأول كفل منها، لأنه أول من سن القتل. ولا يشترط فيما أوضحه الشاطبي علم المتسبب بالنتائج لقيام مسئوليته عنها، (فالفاعل ملتزم لجميع ما ينتجه ذلك السبب من المصالح أو المفاسد وإن جهل تفاصيل ذلك)[55].

245 ـ ويؤدي اعتبار المتسبِّب مسئولاً عن السبب في الخطاب الشرعي إلى إيجاب نظر المكلف فيما ينشأ عن فعله من مفاسد قد لا تخطر بباله لأول وهلة فيؤاخذ بها بتقصيره في النظر الذي كلفه به الشارع. ويستشهد الشاطبي لذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إن الرجل ليتكلم بالكلمة من سخط الله لا يلقى لها بالاً يهوي بها في النار سبعين

(54) الموافقات: 211/1.

(55) الموافقات: 1/ 213.

خريفاً». ومن جنسه ما ذكره الإمام الغزالي في كتاب الكسب من إحياء علوم الدين أن إنفاق درهم زائف أشد من سرقة مائة درهم، لأن السرقة جريمة تمت وانقطعت، أما إنفاق الزائف فإنه سبب لتردده في الأيادي فيعم ضرره ويتسع فساده[56]. وبهذا فإن فاعل السبب مسئول عما يؤدي إليه، سواء علمه وقصده أم غفل عنه وقصر في إدراكه.

246 ـ ومع ذلك فإن المسئولية تنتفي عن المتسبِّب إذا بذل غاية جهده ولم يقصر، لأنه لا يكلف فوق طاقته، بالإضافة إلى أن وقوع الضرر مع بذل غاية الجهد في التبصر والتحوط من النادر القليل الذي لا يعتد به. وفي ذلك يقول الشاطبي: (إذا وقع خلل في المسبب نظر الفقهاء إلى التسبب هل كان على تمامه أم لا؟ فإن كان على تمامه لم يقع على المتسبب لوم. وإن لم يكن على تمامه يرجع اللوم والمؤاخذة عليه. . ألا ترى أنهم يضمنون الطبيب والحجام والطباخ وغيرهم من الصناع إذا ثبت التفريط من أحدهم، إما بكونه غرٌّ من نفسه وليس بصانع، وإما بتفريط. بخلاف ما إذا لم يفرط فإنه لا ضمان عليه، لأن الغلط في المسبَّبات أو وقوعها على غير وزان التسبب قليل، فلا يؤاخذ. بخلاف ما إذا لم يبذل الجهد فإن الغلط فيها كثير فلا بد من المؤاخذة)[57].

247 ـ ومن هذا يبدو اعتقاد المالكية بفهم السبب في إطاره العرفي العملي لا في إطاره النظري المنطقي؛ فالسبب عندهم هو الفعل الذي يؤدي إلى النتيجة ذاتها في مجاري العادات. وتنحصر مسئولية الشخص بذلك في النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله بحسب المجرى العادي للأمور. أما ما كان من قبيل موافقة الأقدار كأن يضرب أحد غيره ضربة خفيفة فيموت فإن الضارب لا يسأل عن الوفاة، لأنها ليست نتيجة متوقعة لفعله في العادة والمألوف. ويجب على المكلف النظر في نتائج فعله والتحوط من إيقاع الضرر بغيره، فإن لم يفعل كان متعدياً ونشأت مسئوليته عن هذه النتائج. أما إذا تبصر في فعله ووقع الضرر مع ذلك مخالفاً التوقع المألوف للناس فلا ضمان، لقلة وقوع الضرر مع التبصر ولعدم إسناد الضرر إلى فعله.

248 ـ ويقترب فهم المالكية للسبب من نظرية (السبب الملائم أو المناسب) التي ظهرت حديثاً في كل من ألمانيا وايطاليا والتي تحظى بالقبول في التفكير القانوني الحديث. وتعد هذه النظرية نوعاً من التطوير لنظرية السبب المنتج التي أسهم في صياغتها في ألمانيا كل من فون بار Von Bar وفون كريس Von Kries[58]. وتقضي نظرية السبب الملائم أو

---

(56) السابق: 228/1.

(57) السابق: 232/1.

(58) انظر علاقة السببية في المسئولية المدنية للدكتور عبد الرشيد مأمون ص 30, 48، وعلاقة السببية في القانون الجنائي للدكتور رؤوف عبيد ص 17 وما بعدها ط. دار الفكر العربي 1974، والأحكام العامة =

المناسب بأن المتعدي مسئول عن النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله بحسب المجرى العادي للأمور In the Ordinary Course of theings. ولا تنقطع علاقة السببية في هذه النظرية بتدخل عوامل خارجية بين الفعل والنتيجة، لأنها تشكل الظرف العام الملائم لإحداث النتيجة. أما لو جدت عوامل غير عادية وتدخلت بين الفعل والنتيجة على نحو لا يمكن توقعها فإن المتعدي لا يسأل عما نتج بهذا التدخل. من ذلك أنه لو ضرب شخصاً فجرحه وذهب المعتدي عليه إلى المستشفى للعلاج فانقلبت به السيارة في الطريق أو شب حريق في المستشفى بعد وصوله إليه فإنما يكون المعتدي مسئولاً عن الجرح لا عن الوفاة. أما لو سرى الجرح إلى التلف لتلوثه أو لظروف صحة المعتدى عليه فإن الجاني يسأل عن القتل، لكون ذلك من النتائج المحتملة أو التي ينبغي توقعها. وقد أخذ القانون الباكستاني بنظرية السبب الملائم فيما تدل عليه المادة 229 والمادة 300 من القانون الجنائي الباكستاني. وهو ما سار عليه القضاء المصري كذلك. فلا تنقطع رابطة السببية بخطأ المجني عليه أو إهماله ولا بحدوث المضاعفات الطبيعية للإصابة كالنزيف وتلوث الجرح[59]. وقد كان ينظر إلى خطأ المجني عليه في القانون الانجليزي قبل صدور قانون Contributory Negligence Act عام 1945 باعتباره سبباً لنفي مسئولية المعتدي، ففي قضية Butterfield v. Forrester التي ترجع إلى عام 1809 وضع المدعى عليه قضيباً في الطريق فاصطدم به المدعي وأصيب ببعض الأضرار، ومع ذلك لم تقض له المحكمة بتعويض، بناء على أن الضرر ينسب إلى خطئه هو وليس إلى خطأ المدعى عليه. وفي قضية Davis v. Mann التي ترجع إلى عام 1842 ترك المدعي حماره مقيداً في الطريق فصدمه المدعى عليه ومات الحمار من هذه الصدمة فقضت المحكمة بمسئولية المدعى عليه عن موت هذا الحمار.

249 ـ ومن تطبيقات مفهوم المالكية للسببية بحسب المجرى العادي للأمور أنهم يوجبون الضمان على من فتح قفص طائر فضاع، بناء على أن فتح القفص هو السبب المألوف لضياع الطائر. ويخالف في ذلك الأحناف في الراجح من مذهبهم، بحكم أن الضياع بعلة طيران الطائر، وهو مضاف إلى فعله لا إلى فعل الفاتح. وخالف في ذلك الشافعية فأوجبوا الضمان إذا طار الطائر من فوره أو إذا أهاجه الفاتح على الطيران، لأنه يضاف عند ذلك لفعل الفاتح، بخلاف ما إذا تلبَّث الطائر بعد الفتح فإن طيرانه يضاف إلى فعله، لا إلى فعل الفاتح فلا يسأل عنه[60]. ومن جنسه تقطيع الوثيقة بالدين إذا جحده

= في قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى: ص 463، ط 1963، وانظر أيضاً Causation in the Law by H.L.A. Hart P. 68, 363.

(59) السببية في القانون الجنائي للدكتور رؤوف عبيد: ص 389 وما بعدها.

(60) الفروق للقرافي: 207/2، والتبصرة بهامش فتح العلي المالك: 349/2، ومذهب الشافعية في المهذب: 374/1، ومذهب الحنابلة في المبدع: 190/5 وما بعدها.

المدين ولم يمكن إثباته بوسيلة أخرى، لأن من المحتمل أن يضيع الدين بتمزيق وثيقته فيضمنه الذي مزقها عند المالكية، والراجح عند الأحناف فيما لو حرق رجل صك رجل أو دفتر حسابه أنه يضمن قيمة الصك والدفتر مكتوبين [61]. ومن ذلك الإتلاف بسبب غير مادي كالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان فإنه يضمنه المتكلم. ويكفي الترك لإيجاب الضمان في المذهب المالكي شريطة أن يكون الفعل المتروك واجباً. فمن مر على حبالة فيها صيد، ويقدر على تخليصه وحوزه لصاحبه، لكنه تركه حتى مات فإنه يضمن، وكذلك إذا مر بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها. وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها، لأن القاعدة الفقهية أن من ترك واجباً في الصون ضمن[62].

250 ـ ويسأل المرء في المذهب المالكي عن النتائج المحتملة لفعله في مجاري العادات وإن تدخل شخص آخر بفعله؛ فالهارب الخائف إذا وطىء أو صدم شيئاً في اندفاعه أثناء طلبه الهرب فلا ضمان عليه والضمان على الذي أخافه[63]. ويضمن الغسال والقصار والكواء إذا أخطأوا في إعطاء ثوب أحد إلى غيره[64]. وكذلك لو أخفى مديناً عن دائنيه، وهو يعلم بما عليه، ثم أطلقه أو ساعده في الهرب من الدائنين. وإنما يضمن مع أن الدين مسئولية المدين، لأنه تسبب في ضياع الدين بفعله [65]. ومن جنسه أنه لو ركب شخصان دابة، وأصابت أحداً، فإن الضمان على الراكب في الأمام، لأنه هو الذي يتولى القيادة فينسب الضرر إلى فعله، ولا يتحمل الذي في الخلف شيئاً ما لم يتسبب في الضرر، بضرب الدابة أو وكزها أو غير ذلك[66]. وما أصابه الفلو التابع للدابة الأم في سيره مضمون على سائقها أو قائدها أو راكبها في رواية في المذهب المالكي، لنسبة ذلك إلى فعله[67]. وكذلك لو أعطى صبياً دابة ليتسابق بها فتلف الصبي أو جرح فضمان ذلك على الذي أعطاه الدابة [68]. ويلتحق به الحكم بالضمان على من اتخذ كلباً في داره لمنع الناس من الدخول إليها أو في غنمه لمنع الناس من أخذها إذا أصاب الكلب أحداً[69]، لنسبة فعل الكلب إلى صاحبه.

(61) مجمع الضمانات: 146.

(62) الفروق: 207/2.

(63) تبصرة الحكام: 355/2.

(64) السابق: 344/2.

(65) السابق: 349/2.

(66) السابق: 353/2.

(67) السابق: 354/2.

(68) السابق: 351/2.

(69) السابق: 347/2.

والسببية بهذا علاقة مادية موضوعية قد لا يمكن الكشف عنها إلا بالرجوع إلى رأي أهل الخبرة، كما في حكم المالكية بمنع استحداث بئر لأحد الأشخاص في ملكه إن أضر ذلك ببئر قديمة فيما يراه أهل الخبرة[70].

والخلاصة أن المفهوم المالكي للسببية على النحو الذي حرره الشاطبي مفهوم واقعي يلتقي مع نظرية السبب المنتج وتطوراتها في التفكير القانوني.

المباشر والتسبب:

251 ـ المباشر والتسبب: ويفرق المالكية هم الآخرون بين المباشرة والتسبب. وهم يعبرون عن المباشرة أحياناً بالسبب، إذ يعرفه القرافي بأنه (ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط)، على حين يعرف التسبب في السياق نفسه بأنه (ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة، كحفر البئر في محل عدواناً، فيتردى فيه بهيمة أو غيرها)[71].

ويعمل المالكية مبدأ تقديم المباشرة على التسبب في إطار مفهوم السببية القائم على النظر إلى مجاري العادات. ولذا تتضاءل أهمية التفريق بين هذين القسمين من الناحية العملية في الحكم بالمسئولية، لأن المعيار هو النظر إلى العلاقة بين الضرر وبين الفعل أو السلوك الإنساني بناء على عرف الناس وفهمهم العام الذي يقابل ما أطلق عليه داياس وزميله Common Sense، وهو ما يعد المعيار للحكم بالسببية في القانون الإنجليزي.

وتبعاً لذلك فإن المكره على الإتلاف هو الذي يجب عليه الضمان في المذهب المالكي، كما أن الذي يفتح الباب ضامن ما يأخذه اللص[72]، لأن ضياع المال يضاف في العرف إلى فعله. ويجب القصاص على المكره والمكره عند المالكية، لإضافة القتل إلى فعلهما، ولا تغلب المباشرة لقوة التسبب. والقصاص على المتسبب في تقديم السم لإنسان فيأكله جاهلاً به مع أنه مباشر لقتل نفسه وواضع السم متسبب. وكذلك الحال في (شهود الزور أو الجهلة يشهدون بما يوجب ضاع المال على إنسان ثم يعترفون بالكذب أو الجهالة فإنهم يضمنون ما أتلفوه بشهادتهم، ولا ينقض الحكم. ولا يضمن الحاكم شيئاً مع أنه المباشر والشاهد متسبب؛ فإن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم، فيفسد حال الناس بعدم

---

(70) التبصرة: 363/2.

(71) الفروق: 27/4.

(72) Tort law P. 36.

الحكام فكان الشاهد بالضمان أولى، لأنه متسبب للحاكم في الإلزام والتنفيذ. وكما قيل: الحاكم أسير الشاهد)[73].

252 ـ مفهوم السببية عند الشافعية والحنابلة: يقترب مفهوم السببية عند الشافعية والحنابلة من مفهومه عند المالكية، فعلى الرغم من تفريقهم كذلك بين المباشرة والتسبب، وتعريفهم المباشرة بأنها (إيجاد علة الهلاك) والتسبب بأنه (إيجاد علة المباشرة)[74]، فهذا التفريق إنما يعمل عندهم أيضاً في إطار مفهوم السببية القائم على النظر إلى مجاري العادات. وتدل أحكام الفروع في هذين المذهبين على أن المعيار في إسناد السببية هو المألوف المعتاد في نظر الناس.

وتفريعاً على ذلك فقد نص الشافعية على عدم ضمان الحاكم أو القاضي إذا أرسل رسولاً إلى امرأة لاستدعائها إلى مجلس الحكم، فماتت فزعاً من هذا الاستدعاء، (لأن مثله لا يفضي إلى الموت)[75] عادة. وكذا لو دل أحد رسول الحاكم عليها، وقد جاء يسألها عن أخيها أو مكان إقامته، متبعاً الواجب من (التلطف في طلبها) وإخبـارهـا ، فإذا أجهضت مع ذلك (اتجه عدم الضمان، حيث لم يوجد من واحد منهما نحو إفزاع. ولو زاد الرسول في طلبه كذباً مهدداً وحصل الإجهاض بزيادته فقد تعلق الضمان به، كما لو لم يطلبها السلطان.. وينبغي أن يكون مثل ذلك إخبارها بموت ولدها أو زوجها)[75] في وجوب التلطف في هذا الإخبار، وإلا ضمن، ولو ماتت بالإجهاض وإلقاء الجنين ضمن ديتها، (لأن الإلقاء قد يحصل منه موت الأم)[75].

253 ـ ولا تنقطع علاقة السببية في المذهب الشافعي بتدخل عوامل خارجية بين الفعل والنتيجة، متى كان الفعل من شأنه أن يؤدي إلى هذه النتيجة غالباً أو احتمالاً؛ فلو سير الربان سفينته في ريح شديدة، أو دون أن يكمل عدته من الرجال والآلات، كأن كانت دفتها غير سليمة أو ما إلى ذلك فإن هذا الربان يضمن ما تسبب فيه من ضرر[76]. ولا تنقطع السببية كذلك بإهمال المجروح في علاج جرحه، ويجب القصاص إذا كان الجرح مهلكاً بذاته وإلا لم يجب القصاص، وتجب الدية[77]، ولو أكره شخصاً على قتل فالقصاص على المكره، لأن الإتلاف يضاف إلى فعله وهو الإكراه، وكذلك يجب القصاص على المكرّه في

---

(73) الفروق: 208/2.

(74) الأشباه والنظائر للسيوطي: 162.

(75) حاشية الجمل: 81/5.

(76) حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لأبي يحيى زكريا الأنصاري ت: 925 هـ، تصوير دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت: 378/2.

(77) مغني المحتاج للشربيني: 7/4.

الراجح في المذهب، لأنه قتل عمداً عدواناً لاستبقاء نفسه، فأشبه ما لو قتل المضطر شخصاً ليأكله، فإن عليه القصاص أيضاً[78]. ومن جنسه أن من تبع بسيف هارباً منه فانخسف به سقف في هربه أو وقع في ماء أو حفرة أو غير ذلك فالضمان على المتسبب في الضرر[79]. وكذلك لو حفر في ملكه حفرة وأذن لغيره بالدخول فسقط فعلى الحافر الضمان، لأنه غرَّه، ولم يقصد المضرور إهلاك نفسه فإحالته على السبب الظاهر أولى في الراجح في المذهب[80].

ولو تعددت الأسباب فإن الضرر يضاف إلى أقواها في إيقاعه من حيث المبدأ. والأغلب أن يضاف ذلك إلى السبب الأول في التلف أو في إحداث الضرر لا في الوجود والزمان. توضيحه أنه لو حفر حفرة ووضع آخر حجراً عدواناً فعثر بهذا الحجر ووقع العاثر بالبئر فعلى واضع الحجر الضمان، لأن التعثر هو الذي ألجأ إلى الوقوع في البئر، وهو يعد بهذا السببَ الأولَ للهلاك، كما يعد الحفر سببه الثاني. أما لو كان الحفر هو الأقوى في التسبب، كما لو حفر شخص بئراً ووضع فيه آخر حجراً أو سكيناً فتردى فيه شخص فإن الحافر هو الضامن، لأن الحفر أقوى السببين باعتباره الملجىء للوقوع على الحجر أو السكين[81].

254 ـ ويتفق الحنابلة مع الشافعية في التفريق بين المباشرة والتسبب[82] وفي إجراء السببية على أساس ما هو معتاد ومألوف بين الناس في الإسناد والنسبة. يدل على ذلك تعريفهم للقتل العمد بأنه الضرب بما يفضي غالباً إلى الموت، مع الأخذ في الاعتبار بظروف الجاني والمجني عليه ونوع الآلة[83]. فلو أسقاه سماً أو خلطه بطعام فأكله من لا يعلم به ومات كان متعمداً ويجب عليه القصاص. ولا يشترط الحنابلة استقلال السبب بالنتيجة وعدم تدخل أي عامل آخر في إحداثها؛ فهم يتفقون مع الشافعي في أن من صاح بصبي أو معتوه، وهما في مكان مرتفع فسقطا منه على نحو أضر بهما، فإن الصائح يضمن الضرر وينسب إلى فعله. وكذلك لو اغتفلَ الصائح عاقلاً فصاح به وسقط من صياحه أو أصابه ضرر أن الصائح يضمن ما تسبب فيه[84] ويقتل المكره والمكرَه قصاصاً في المذهب[85].

(78) السابق: 9/4.

(79) السابق: 82/4.

(80) السابق: 83/4.

(81) السابق: 88/4.

(82) القواعد لابن رجب: 207.

(83) الإنصاف للمرداوي: 436/9، 437.

(84) الإنصاف 446/9، وحاشية الروض المربع لابن قاسم 175/7، والشرح الكبير لابن قدامة مع المغني: 487/9.

(85) الإنصاف: 453/9، وحاشية الروض المربع لابن قاسم: 182/7، والمغني مع الشرح: 330/9.

وكذلك لو طلب إنساناً بسيف مجرد فهرب منه فوقع في شيء تلف به بصيراً كان أو ضريراً وجب على الذي طلبه ضمان الضرر[86]. ويضمن الإنسان بذلك جميع النتائج المحتملة لفعله. ولهذا يضمن الآخذ للصغير ديته إذا أخذه فنهشته عقرب أو أصابته صاعقة أو مات بمرض[87]. وإن اشترك عدد من الناس في ارتكاب فعل أدى إلى الإضرار بأحد فالضمان عليهم، كما لو رمى ثلاثة بمنجنيق أو مدفع فأصابت القذيفة أحداً فالضمان عليهم بالتساوي، وعلى عاقلة كل منهم ثلث الدية[88] وإن قتل أحدهم بهذا الفعل كان من الإهمال المشترك، ويلغى فعل نفسه، وعلى عاقلة صاحبيه ثلثا الدية فيما رجحه عدد كبير من علماء المذهب الحنبلي[89].

255 ـ ولو تعددت الأسباب التي ينسب الضرر إليها فإن المسئولية ترجع إلى أقوى هذه الأسباب في إحداث الضرر. ويتفق الحنابلة مع الشافعية في تضمين واضع الحجر فيما لو حفر أحد بئراً ووضع آخر حجراً، فعثر به إنسان فوقع في البئر، بحكم أن التعثر في الحجر هو الذي بدأ سلسلة الأسباب التي أدت إلى الضرر[90]. وكذلك لو كان أحد الفعلين المتسببين في الضرر من قبيل العدوان والآخر مأذوناً فيه فإن الضمان يقع على المعتدي. من ذلك أنه إذا حفر بئراً في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه، أو وضع حجراً أو نصب شركاً، ودخل آخر إلى الملك بدون إذن فما أصابه من ذلك هدر، لنسبة تضرره إلى عدوانه هو، وفعل المرء في نفسه هدر لا يوجب ضماناً[91]. ومن ذلك أنه لو ترك الساكن في الدار درجة مكسورة من الدرج الداخلي لهذه الدار، ودخل إليها أحد دون إذن، فأصيب أثناء صعوده على الدرجة المكسورة لم يجب الضمان لإسناد الضرر إلى تعديه.

ويوجب تطبيق مبدأ نسبة الضرر إلى السبب الأقوى عند تعدد الأسباب أن يحكم بالضمان على صاحب السبب الأقرب إلى حدوث الضرر زماناً. فلو (كان زق فيه مائع، وهو واقف، فحل وكاءه إنسان وأماله الآخر فسال ما فيه كان الضمان على الآخر منهما)[92]. ويشبهه ما لو (قدم إنساناً إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذي قدمه، لأن الرامي كالحافر، والذي قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته)[93]. والنظر بذلك إنما هو إلى السبب الأقوى في حدوث الضرر.

(86) الإنصاف: 32/10.
(87) الإنصاف: 33/10.
(88) الإنصاف: 10/ 39.
(89) الإنصاف: 40/10.
(90) الإنصاف: 34/10.
(91) الشرح الكبير مع المغني لابن قدامة: 488/9.
(92) السابق: 488/9.
(93) السابق: 486/9 .

256 ـ والترك كالفعل في إيجاب الضمان عند الحنابلة إذا انتسب الضرر إليه. ولذلك فإن من اضطر إلى طعام أو شراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه، لأنه امتنع عن أداء ما وجب عليه، فالمضطر باضطراره صار أحق بالمال (ممن هو في يده، وله أخذه قهراً، فإذا منعه إياه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه، كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك)[94]. وقد خرَّج عليه بعض الحنابلة أن (كل من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك أنه يجب عليه ضمانه قياساً على ما إذا طلب الطعام فمنعه إياه مع غناه عنه حتى هلك)[95]. وخالف في هذا الإلحاق بعض الحنابلة. ويحمل ابن اللحام الخلاف في ذلك على الخلاف في وجوب الفعل محل الترك، ناسباً هذا التفسير إلى غيره، ممن وقف (على كلامه، وخص الحكم بالإنسان)[96]. ولكن ابن اللحام يرجح تعدية هذا التفسير (إلى كل مضمون إذا أمكنه تخليصه)، وهي مسألة المرور على الصيد في الأحبولة في الفقه المالكي والحنبلي. وقد ذكر بعضهم أنه إذا (اضطرت بهيمة الأجنبي إلى طعامه ولا ضرر يلحقه ببذله حتى ماتت فإنه يضمنها)[97]. وقد استند واضعو مشروع المعاملات المدنية المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلى كل من المذهب المالكي والحنبلي في إلحاق الترك بالفعل في إيجاب الضمان إذا كان الفعل المتروك واجباً ويمكن أداؤه دون ضرر يلحق التارك. ولهذا لو مر الطبيب على مصاب في حادثة وكان يمكن للطبيب أن يؤدي واجبه في إسعاف هذا المصاب، وتعين ذلك على هذا الطبيب، وتركه حتى مات فإن الطبيب يضمن. وكذلك لو رأى سباح شخصاً يغرق وكان بوسعه إنجاؤه دون ضرر يلحق به، فتركه حتى مات فإنه يضمنه.

257 ـ ويتضح في الفقه الحنبلي كذلك مبدأ وجوب الضمان بالصدمة العصبية. وقد قرر الحنابلة أيضاً هذا المبدأ في مسألة من أسقطت بطلب سلطان أو تهديده، سواء كان طلبها لحق لله أو لآدمي، وسواء ماتت من الفزع عند الوضع أو من غير وضع أو ذهب عقلها من ذلك فإن السلطان يضمنها ويضمن جنينها. وقد روي في ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغنية كان رجل يدخل عليها، فكانت تقول وهي في طريقها إليه: يا ويلها ما لها ولعمر، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت والٍ ومؤدب، وصمت علي، فأقبل عليه عمر، فقال ما تقول يا أبا

(94) السابق: 502/9.

(95) السابق: والإنصاف للمرداوي: 50/10 وما بعدها.

(96) القواعد والفوائد الأصولية: ص 63.

(97) السابق: 63.

الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فأخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك. إن ديته عليك، لأنك أفزعتها فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك[98]. ولو ماتت المرأة فزعاً وجبت ديتها. وخالف الشافعي في ضمان المرأة إذا ماتت فزعاً، لأنه ذلك ليس بسبب هلاكها في العادة، ويوافق في ضمان الجنين إذا ألقته فزعة، لأن الإزعاج سبب لإلقاء الجنين في مجاري العادات.

ويرد ابن قدامة مذهب الشافعي في ذلك بما يوضح مذهب الحنابلة في النظر إلى السببية، فيذكر أنه لا يشترط للضمان أن يكون الفعل سبباً لحدوث الضرر في العادة، وإنما يكفي أن يلائم السبب النتيجة، ولا فرق لذلك في إيجاب الضمان بين أن يفزع امرأة فتموت أو يضربها فتموت، إذ لا يعتبر (في الضمان كونه سبباً معتاداً، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سبباً للهلاك في العادة، ومتى أفضت إليه وجب الضمان)[99].

258 ـ النظريات القانونية في السببية: أظهر التفكير القانوني عدداً من النظريات في تقدير مفهوم السببية، أهمها:

1 ـ نظرية السببية المباشرة. وتقضي هذه النظرية بألا يسأل المعتدي إلا عن النتائج التي حدثت بفعله هو، دون تدخل عوامل أخرى تقطع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة. وتفريعاً على ذلك تنتفي مسئولية السائق الذي ترك أبواب سيارته مفتوحة في الطريق، فأخذها شخص وقادها بسرعة، وصدم بها شخصاً نتيجة لذلك. وكذلك فإن من جرح شخصاً، ثم سرى الجرح بتلوثه إلى الوفاة، لا يعد مسئولاً إلا عن الجرح. وكذلك لو أصاب شخص (آخرَ بجرح فأجرى له الطبيب جراحة، توفي المريض على أثرها نتيجة امتصاص الجسم عصارة غذائية، فإن الجاني لا يسأل عن الوفاة، لأنها حدثت بفعل المجني عليه نفسه. وهذا الاتجاه أنسب للتطبيق في الجنايات، لا في الضمانات التي لا يشترط فيها كون فعل الجاني سبباً معتاداً للنتيجة أو الضرر[1].

2 ـ نظرية تعادل الأسباب: يرى أصحاب هذه النظرية أن النتيجة تنشأ من تضافر عدد من العوامل المتساوية في القوة والتأثير في إيجاد هذه النتيجة. يكشف عن هذا التساوي أن غياب أحد هذه العوامل يؤدي إلى غياب النتيجة. وترجع هذه النظرية إلى ستيوارت مل Stuart Mill الذي عرف السبب بأنه مجموع القوى والعوامل التي أثرت في إحداث الظاهرة. وكان يرى أن السببية هي العلاقة الضرورية بين السبب والنتيجة. ولا تبعد تحليلات فون بيري Von Buri للسببية عن ذلك. وتدل آراؤه التي نشرها في الفترة ما بين

(98) كشاف القناع: 16/6، والشرح الكبير لابن قدامة مع المغني: 504/9.

(99) الشرح الكبير لابن قدامة: 505/9.

(1) السببية في القانون الجنائي للدكتور رؤوف عبيد: ص 13.

1860-1885 على مذهبه القاضي بأن كل ظاهرة تنشأ من اجتماع مجموعة من العوامل المتعددة في آن واحد أو على التعاقب، وأن غياب أي منها يؤدي إلى غياب النتيجة. وإنما تبدأ هذه النظرية من النشاط الإنساني، باعتبار أن الهدف منها هو إلقاء المسئولية على شخص أو آخر، فالأشخاص هم الذين تناط بهم المسئولية دون غيرهم من الحيوانات والجمادات وسائر العوامل الطبيعية، وباعتبار أن هذا النشاط الإنساني هو العامل الذي يؤدي إلى تتابع العوامل الأخرى وتواليها في الوجود على نحو يؤدي إلى إحداث النتيجة النهائية. ويبرر ذلك مسئولية المعتدي عن النتيجة وإن توسطت بينها وبين هذا النشاط عوامل أخرى طبيعية أو إنسانية، سواء كان تدخل هذه العوامل معتاداً أو شاذاً نادراً. ولذلك لو أحدث شخص إصابة بآخر، نقل على إثرها إلى المستشفى، فشب بالمستشفى حريق أدى إلى وفاة المصاب فإن المعتدي يسأل عن الوفاة لا عن الإصابة وحدها. ولو انقلبت به سيارة الإسعاف في الطريق أو اصطدمت بسيارة أو احترقت في حادثة، مما أدى إلى وفاة المصاب فإن المعتدي يكون مسئولاً عن وفاته. لكن لو اعتكف المصاب بعد الإصابة في بيته أو خرج للنزهة ومات في حريق أو حادثة فإن الجاني لا يكون مسئولاً عن ذلك، وإنما يسأل عن الإصابة وحدها[2].

3 ـ نظرية السبب المنتج: سبقت الإشارة إلى ظهور هذه النظرية في التفكير القانوني الألماني على يد كل من فون بار وفون كريس وأن تعريف السبب في هذه النظرية هو الفعل الإنساني الذي يؤدي إلى النتيجة نفسها في أية ظروف مماثلة. وتقترب هذه النظرية من مفهوم السبب (العادي أو العرفي) الذي عبر عنه الشافعية أوضح تعبير. ولذلك فإن من ضرب طفلاً أو مريضاً بعصا تؤدي إلى وفاته في العادة كان مسئولاً عن قتله عمداً. وكذلك من يقدم سماً لشخص أو يضربه بسكين، حيث يؤدي ذلك في العادة إلى الوفاة بمعاونة العوامل الطبيعية المختلفة. ويجب الاقتصار في العوامل الطبيعية التي تحدد تأثير الفعل الإنساني والنتائج المترتبة عليه بتلك العوامل التي كانت معروفة للفاعل أو التي كان عليه أن يعرفها وقت ممارسته لفعله. أما العوامل التي تدخلت في مجرى السبب في اللحظة التالية على القيام بالفعل فيجب ألا تدخل في الاعتبار. من ذلك أن من يشعل ناراً في حقله فتهب الرياح وتنقلها إلى أرض الجار، أو يقود السفينة في وقت مناسب لذلك، ثم تهب الرياح وتغرقها، فإنه لا يكون مسئولاً في كل ذلك، لأنه مما لا يمكن توقيه ولا الاحتراز منه[3].

(2) السابق ص 19 وما بعدها، وعلاقة السببية في القانون المدني للدكتور عبد الرشيد مأمون ص 9 وما بعدها.

(3) علاقة السببية في القانون المدني للدكتور عبد الرشيد مأمون ص 32 وما بعدها، والسببية في القانون الجنائي للدكتور رؤوف عبيد ص 17 وما بعدها، والأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص 463 طبعة سنة 1963 م.

4 ـ **أما نظرية السبب الملائم أو المناسب التي حظيت بقبول عام في التفكير القانوني** المعاصر فليست إلا تحويراً لنظرية السبب المنتج. وتقضي نظرية السبب الملائم بأن الجاني أو المتعدي مسئول عن النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله وإن لم تتكرر النتيجة نفسها عقب هذا الفعل في الظروف المماثلة. ولذلك فإنه إذا ضرب شخصاً سوطاً أو سوطين فمات عقب ذلك عد مسئولاً عن القتل، وإن لم يكن مثل هذا الضرب سبباً للموت عادة. والعبرة تبعاً لهذه النظرية بكون النتيجة ممكنة ومحتملة للفعل دون تدخل عامل شاذ في مجرى العادة يقطع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة. من ذلك أن يحترق المستشفى الذي انتقل إليه المصاب أو تتحطم سيارة الإسعاف التي تنقله في حادثة، فإن الجاني لا يكون مسئولاً إلا عن الإصابة لا عن الوفاة، وإذا كان تقدير إمكان النتيجة واحتمال وقوعها أمراً تحكمياً فقد حاول البعض إقامة إسناد السببية على معيار موضوعي ذي جانبين، أولهما: إيجابي يتمثل في اشتراط إثارة النشاط الإنساني للعوامل الطبيعية على نحو أدى إلى الضرر، والثاني: سلبي يتمثل في عدم إمكان إسناد هذا الضرر إلى عامل آخر غير هذا النشاط. ويقترب ذلك من مفهوم السبب في المذهب المالكي والحنبلي.

259 ـ السبب القريب Proximate والبعيد Remote في القانون الانجليزي: نهج التفكير القانوني الانجليزي نهجاً خاصاً في بحث علاقة السببية على الرغم من تأثر هذا التفكير بغيره في النظر إلى هذه العلاقة. ويتألف هذا النهج من المعاني التالية:

ـ يشترك الكاتبون في هذا المفهوم في تقدير صعوبته والتعبير عن غموض دلالته على الرغم من أهميته في إلقاء المسئولية ورسم حدودها، فالمعتدي إنما يجب عليه تعويض المتضرر بتعبير سالموند Salmond ليس بصفته جهة تأمين عن الأضرار التي تلحقه، وإنما بصفته مسئولاً عن أعماله ونتائجها المتولدة منها[4].

ـ يفترق المفهوم الفلسفي أو المنطقي للسببية عن مفهومها القانوني الذي يعتمد على الإحساس العام Common Sense والنظر إلى التوالي والتعاقب بين الفعل والنتيجة واقترانهما في الزمان بهدف تعيين العامل أو النشاط الذي أدى إلى حدوث الضرر، والذي لم يكن هذا الضرر واقعاً بدونه.

ـ لم تتهيأ قواعد قانونية جامدة للكشف عن علاقة السببية في المواقف العملية المتنوعة، وهناك بدلاً من ذلك معايير معاونة للربط بين النتيجة وبين عامل من العوامل لتيسير إقامة المسئولية وضبطها في مواقف جزئية عديدة.

ـ من أهم هذه المعايير معيار (بدون But for) الذي يتعلق باستبعاد العوامل التي لا

(4) Salmond on Jurisprudence, 21 eh edition P. 361.

دخل لها في إيقاع الضرر والتأكد من ذلك بالتساؤل عن إمكان وقوع الضرر بدونها. توضحه قضية Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee التي حكم فيها عام 1969، حيث تقدم أحد المرضى إلى المستشفى، وعرض نفسه على أحد الأطباء فيه فأحاله على طبيبه المعالج ولم يقم بالكشف عليه ولا باتخاذ ما يلزم لتشخيص حالته. وقد مات هذا المريض بعد خمس ساعات من عرضه نفسه على هذا الطبيب، وأثبت الفحص الطبي بعد ذلك أنه كان يعاني من تسمم كان سيودي بحياته، سواء اهتم الطبيب بحالته أو أهمل فيها، لأن تحديد سبب معاناته لم يكن ليتم قبل انقضاء هذه الساعات الخمس. والسؤال الذي يوضح إعمال هذا المعيار هو: هل كان هذا المريض سيموت بدون وقوع إهمال هذا الطبيب؟ ولأن الإجابة بنعم فقد حكمت المحكمة بعدم تسبب الطبيب في الوفاة وبعدم مسئوليته نتيجة لذلك[5] ومن جنسه قضية JEB Fasters ltd. V. Marks Bloom and Co. التي حكم فيها عام 1983. وفي هذه القضية وقعت مغالاة من جانب المدعى عليهم في تقدير قيمة مخزون شركة معروضة للبيع، وقدموا تقريرهم عن ذلك إلى المدعين الذين كانوا قد عقدوا العزم على شراء هذه الشركة. لكن هذه الصفقة قد ألحقت بهم خسائر مالية بالغة وقد استندت المحكمة إلى هذا المعيار في حكمها بعدم التعويض بناء على هذه الخسائر كانت ستقع بدون خطأ المدعى عليهم، لتصميم المدعين على شراء الشركة. ولا يعمل هذا المعيار لنفي المسئولية واستبعاد بعض العوامل، وإنما يعمل أحياناً بصفة إيجابية لإلقاء المسئولية على صاحب نشاط معين، ما كان يقع الضرر بدون تدخله[6]. من ذلك أنه في قضية Rouse v. Squires (1973) أغلق سائق إحدى الشاحنات الطريق بسوء قيادته وإهماله، وفي هذه الأثناء أراد راكب إحدى الدراجات البخارية الذي كان يقود بسرعة فائقة التوقف لتفادي الاصطدام بالشاحنة فانزلقت الدراجة إلى أحد جانبي الطريق وقتلت شخصاً كان واقفاً آنذاك، فحكمت المحكمة على قائدي الشاحنة والدراجة بتحمل التعويض، لأن الضرر ما كان يقع بدون نشاط أي منهما وفعله[7].

- يجب إهمال هذا المعيار إذا تعارض إعماله مع مقتضيات الإدراك العام Common Sense، وذلك في حالتين، أولاهما أن يفضي تطبيقه على نحو آلي إلى نفي المسئولية عن الفعل، كما لو أشعل اثنان النار في مخزن، فإن النتيجة وهي الاحتراق، كانت واقعة بدون تدخل الأول، كما أنها كانت ستقع بدون تدخل الثاني، ويعني ذلك نفي المسئولية عن كل منهما، فيجب إهمال تطبيق هذا المعيار. والأخرى أن يتعذر الاستناد إليه في الواقع العملي، كما في قضية Oliver v. Mills (1926). ففي هذه القضية اشترك لاعبان في

(5) Hepple and Mathews on Tort P. 245 .

(6) Dias P. 69.

(7) السابق.

إطلاق النار من بندقيتين متماثلتين، فأصاب مقذوف ناري واحد عين أحد الأشخاص ودخلت فيها. وإذ لا يمكن استبعاد فعل أحد هذين اللاعبين فقد أضيفت المسئولية إليهما معاً[8].

- ومن المعايير التي يستند إليها في اكتشاف علاقة السببية معيار توقع Forseeability تدخل عامل من العوامل الطبيعية أو البشرية بين الفعل والنتيجة. وليس هذا المعيار إلا تطبيقاً لمبدأ مجاوزة المعتاد Unreassbleness ؛ فإنه إذا كان هذا التدخل محتملاً، ولم يتخذ الشخص التدابير اللازمة لمنعه كان سلوكه مخالفاً للمألوف المعتاد ويضمن لذلك. ولهذا فقد حكم بضمان المدعى عليه في قضية Stansbie v. Troman لمجرد تركه الباب الخارجي مفتوحاً بعد التنبيه عليه بإحكام إغلاقه على الرغم من أن اللص هو الذي أخذ المال متعمداً.

- تنقطع رابطة السببية بين الفعل البشري والضرر بتدخل فعل فاعل مختار أو عامل من العوامل الشاذة التي لا يمكن توقع حدوثها عقب هذا الفعل، كالزلازل والبراكين. أما العوامل القائمة وقت الفعل أو قبله فلا تقطع رابطة السببية، كما في قضية Re Polemis (1921). وموضوع هذه القضية أن عاملين على ظهر سفينة ألقيا بشيء من الإهمال قطعة حديد في مكان معبأ بأبخرة بترولية، وهما لا يعلمان شيئاً عن وجود هذه الأبخرة، وقد اشتعلت هذه الأبخرة من الشرارة الناشئة عن اصطدام قطعة الحديد بالأرض، مما أدى إلى احتراق السفينة. ومع أن وجود هذه الأبخرة أمر نادر فإنه لا يقطع رابطة السببية لوجوده قبل الفعل زماناً. وهو لا يقطع التسبب لهذا [9]. وهذا هو أساس المبدأ القاضي بوجوب أخذ المصاب على علاته عند إصابته Tortfeasor takes his victim as he finds him، سواء كان مريضاً أو ضعيفاً أو عنده حساسية من بعض الأدوية كالبنسلين، بحيث إذا أعطاه الطبيب هذا الدواء دون تبصر ومات فإنه يعد مسئولاً عن ذلك. ويدل الحكم الصادر في قضيته Wagon Mound على أن الاتجاه في القانون الانجليزي قد تغير عن ذلك قليلاً، وأصبح تدخل العوامل الشاذة أو النادرة الوقوع بين الفعل والضرر قطعاً لعلاقة السببية ونفياً لمسئولية الفاعل، سواء كان هذا التدخل قبل الفعل أو بعده[10].

- وفي هذا الإطار فإن السبب القريب Proximate Cause هو الذي ينسب إليه الضرر

---

(8) السابق: ص 70، والحكم في الفقه الإسلامي في ذلك بتطبيق قاعدة لا يطل دم في الإسلام، طبقاً لرأي الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان في حديث له معي في مسألة مشابهة، ولأن إضافة الضمان إلى فعل أي منهما ليس بأولى من الآخر فيشتركان في تحمله.

(9) Remedies of English Law, by Lawson, 2 nd ed. P. 80-83 and Salmond on Jurisprudence P. 365.

(10) Remedies of English Law P. 84-86.

دون تدخل بينهما، أو إلى نتيجة من نتائجه المتولدة منه والتي يمكن للمرء العاقل أن يتوقعها[11]. ويشمل السبب القريب في هذا الاصطلاح كلاً من المباشرة والتسبب في الاصطلاح الفقهي. وبهذا فإن وصف السبب بالقريب لا تعلق له بمعنى الزمان أو ترتيب وجوده، وإنما يستحق هذا الوصف بالنظر إلى معنى التأثير في النتيجة[12]. ويختلف الفهم الذي قدمه الدكتور عبد الرشيد مأمون للسببية في القانون الانجليزي عن ذلك، إذ يتصور أن السبب القريب الذي تناط به المسئولية في هذا القانون هو السبب الأخير من الناحية الزمنية، لأن (هذا الخطأ الذي حدث في اللحظة السابقة على وقوع الضرر هو الذي جعل هذا الضرر أمراً محققاً، فقبل وقوع هذا الخطأ كان من الممكن تجنب الضرر. ومن أجل تضييع هذه الإمكانية تكون مساءلة المضرور)[13].

ـ أما السبب البعيد Remote Cause فهو ذلك العامل الذي انقطعت رابطة السببية بينه وبين الضرر لعدم تأثير هذا العامل في حدوثه. وإنما يوصف الضرر بالبعد Remoteness إذا لم يكن في الوسع توقع Forseeability هذا الضرر. ولعل في قضية Redex v. Collins ما يوضح أثر عدم التوقع في اعتبار الفعل غير مؤثر في إحداث الضرر. ففي هذه القضية ترك المدعى عليه (Collins) سيارته في موقف السيارات محكماً إغلاقها، ناسياً المفتاح في فتحة تشغيلها. لكن أحد الصبية رأى المفاتيح فأغراه ذلك بكسر الزجاج الجانبي لدخول السيارة. وما إن حرك المفتاح قليلاً حتى قفزت السيارة وصدمت أخرى كانت أمامها. فرفع صاحبها الأمر إلى القضاء مطالباً صاحب السيارة التي صدمته بالتعويض. لكن الحكم جاء بإلقاء المسئولية على عاتق الصبي نفسه شريطة إدراكه وكونه ذا مال، وإلا فإن المسئولية ترجع إلى والد الصبي. وإنما حكم بنفي مسئولية صاحب السيارة الذي ترك مفاتيحها لانقطاع العلاقة بين فعله وبين حدوث الضرر، حيث إنه لا يستطاع توقعه. وفي قضية Manchester Corporation v. Markland انفجر أنبوب من خطوط المياه التابعة لشركة مانشستر، وظلت المياه تتسرب منه إلى الشارع ثلاثة أيام، حتى تجمعت بركة صغيرة من المياه تجمدت من أثر البرد في اليوم الثالث. وفي هذا اليوم انزلقت سيارة وانحرفت بصاحبها تجاه أحد المارين فصدمته صدمة أدت إلى وفاته. ولما رفعت أرملة الفقيد الأمر إلى القضاء ضد كل من سائق السيارة وشركة مانشستر جاء حكم المحكمة بإلقاء المسئولية على الشركة، لأن من المتوقع أن يؤدي الإهمال في ملاحظة خطوط المياه إلى حدوث مثل هذا الضرر.

---

(11) Ahsam Suhail Anjum, The Pakistan Penal Code, Lahore 1982, P. 227.

(12) Words and Pharses Legally Defined: 4/215.

(13) علاقة السببية في المسئولية المدنية: ص 23.

260 ـ المقارنة: تجنب الفقهاء المسلمون المفهوم الفلسفي والكلامي للسببية في بحثهم لمفهومها الفقهي الذي يهدف إلى إقامة المبدأ الشرعي القاضي بمسئولية كل امرىء عن فعله وعما تولد عنه من نتائج. وقد وفقوا لهذا على وجه العموم في صياغة مفهوم السببية صياغة منطقية عملية. ولعل صياغة المالكية لهذا المفهوم قريبة من عناصر نظرية السبب المنتج في التفكير القانوني، كما يقترب تصور الحنابلة لهذا المفهوم من التصور الذي أخذ به أصحاب نظرية السبب الملائم أو المناسب. ويفرق الزنجاني من الشافعية بين الأسباب القريبة والبعيدة ناسباً الحكم إلى السبب القريب دون البعيد عند اجتماعهما. وعبارته في ذلك: (والقول الجامع من هذا الجنس أنه مهما اجتمع في محل الحكم وصفان ظاهران متعاقبان يصلح كل منهما لإضافة الحكم إليه على تقدير الانفراد فإن الحكم أبداً يضاف إلى الوصف القريب دون البعيد، لأن الوصف القريب حينئذ يكون هو علة الحكم والوصف البعيد هو علة العلة، والحكم يضاف إلى العلة دون علة العلة. ومثاله: حفر البئر مع التردية والتلقي بالسيف مع الرمي من شاهق والقطع مع الحزّ ونصب حجر في محل عدوان مع حفر البئر إذا تعثر بالحجر فوقع في البئر. وهذه جملة لا نزاع فيها. وإنما يقع النزاع في تحقق الواسطة المستقلة وعدمها في المسائل، إما في مناسبتها أو في ظهورها وصلاحيتها لإضافة الحكم إليها)[14].

وتجب الإشارة إلى هذا التشابه بين التفكيرين الفقهي والقانوني، بل وفي اللغة التي عبر بها الفريقان عن هذا المفهوم. ومن الواضح أنهما يلتقيان في وجوب سبر العوامل التي يحتمل أداؤها إلى النتيجة لإضافة هذه النتيجة إلى النشاط الإنساني دون غيره من العوامل الطبيعية، (كمن رمى إلى إنسان فقتله فإن القتل يحال على السبب الأول وهو الرمي، ولا يحال على الوسائط من خروج السهم وقطع الهواء لأن هذه الوسائط غير صالحة فلا يضاف الحكم إليها)[14]. وإذا تعدد النشاط الإنساني الذي يحتمل أداؤه إلى النتيجة فإن الحكم يضاف إلى أكثرها مناسبة ووضوحاً في الإسناد من جهة العرف. والاتفاق كذلك في الاعتراف باختلال الإسناد وانقطاع النسبة بين الفعل والضرر بتدخل عوامل شاذة الحدوث أو عوامل لا يستطاع توقعها.

261 ـ ما لا يمكن الاحتراز عنه: القاعدة الفقهية أن ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه، فالملاح إذا هبت عليه عاصفة هوجاء أغرقت سفينته بما عليها من ركاب وأمتعة لم يضمن شيئاً، لانتفاء تسببه في هذا الضرر. وكذلك الطبيب إذا اتخذ ما يلزم من التحوط والتبصر ومات المريض لم يضمن شيئاً لعدم قيام رابطة السببية بين الفعل والضرر. ومحل ذلك في التسبب. أما في مباشرة القتل والإصابة البدنية فإن مسئولية الفاعل مطلقة وإن لم

---

(14) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص 353.

يمكنه التحرز. من ذلك أن الصياد إذا أخطأ في رميه فأصاب إنساناً وجب عليه الضمان. ولا تفرق بعض الأحكام القضائية الانجليزية هذا التفريق، وتأخذ بانتفاء المسئولية عما لا يمكن توقيه ولا التحرز عنه Inevitable Accident، ففي قضية Stanley v. Powell (1899) اجتمع عدة أشخاص للتدريب على الرماية، لكن الرصاصة التي أطلقها المدعي عليه قد أتجهت إلى جذع شجرة وارتدت منه لتدخل في عين المدعى. وقد حكمت المحكمة بأن المدعى عليه اتبع الواجب عليه في التحوط والتبصر وأنه ليس مهملاً لهذا.

262 ـ الإهمال المشترك: يعرف الإهمال المشترك Contributory Negligence بأنه تقصير المدعي في حفظ نفسه على نحو أسهم في الإضرار به. لذلك قضت المحكمة عام 1972 في قضية O'Conell v. Jackson بإنقاص تعويض المدعي الذي أصيب في حادثة صدام أثناء ركوبه دراجته البخارية بنسبة 15 %، وذلك لأنه لم يكن لابساً الخوذة الحديدية، مما أدى إلى زيادة خطورة إصابته. وفي قضية Froon v. Butcher حكمت محكمة الاستئناف بوجوب إنقاص تعويض المصابين في حوادث السيارات إذا زادت خطورة إصاباتهم نتيجة عدم تثبيتهم الأحزمة الواقية. وقد سبقت الإشارة في التتبع التاريخي إلى تأخر معرفة القانون الانجليزي بمفهوم الإهمال المشترك حتى هذا القرن، كما سبقت الإشارة إلى قضاء علي بن أبي طالب في قضية القارصة والقامصة والواقصة بتوزيع الدية أثلاثاً على عواقل الفتيات المشتركات في اللعب واستبعاد نصيب الموقوصة، لأن فعل المرء في نفسه هدر. ومن جنس ذلك مسألة الثلاثة المشتركين في الرمي بالمنجنيق ورجوع الحجر على أحدهم فإن الواجب هو ثلثا دية الذي رجع عليه الحجر وقتله، لإسناد موته إلى فعل ثلاثتهم فأهدر ما يقابل فعله في نفسه، وهو الثلث، وبقي ما وجب بفعل غيره، وهو الثلثان. وهو مذهب الشافعي والراجح عند الحنابلة[15]. ويختلف ذلك عما لو اصطدم شخصان فإن كلاً منهما تجب ديته كاملة على عاقلة الآخر، لأنه مات بفعله[16].

أما القانون الانجليزي فلم يكن يعترف بمبدأ توزيع الضرر بين المدعى عليه بنسبة مسئوليتهما عنه وتسببهما في وقوعه إلا في عام 1945. وكان المعمول به قبل ذلك هو إلقاء المسئولية على طرف واحد منهما. ولذلك قضت المحكمة عام 1809 بمسئولية المدعى عما أصابه من ضرر في قضية Butterfield v. Forrester، لأنه هو الذيْ اصطدم بالقضيب الذي نصبه المدعى عليه، بحيث يُطِلُّ جزء منه في الطريق العام. وفي قضية Davis (1842) v. Mann أوقف المدعي حماره المقيد في الطريق العام فاصطدم به المدعى عليه وقتله،

(15) المغني مع الشرح الكبير: 558/9، والشرح الكبير مع المغني: 494/9.
(16) الشرح الكبير مع المغني: 491/9.

فقضت المحكمة بأن المدعى عليه هو المسئول وحده عن موت هذا الحمار[17].

ويتفرع توزيع الضرر بنسبة الإسهام في حدوثه عن المبدأ الشرعي العام القاضي بمسئولية كل إنسان عن فعله وعما يتولد عنه من نتائج.

---

(17) Dias P. 74.

القسم الثاني

موجبات الضمان

263 ـ تقديم: تتنوع الأفعال الموجبة للضمان تنوعاً يصعب معه حصرها. ويناسب ذلك الاكتفاء برصد المعاني العامة التي تجمع هذه الموجبات وترك التفصيلات إلى التطبيق العملي أسوة بمنهج الدراسات القانونية المتأثرة بالنظام اللاتيني. غير أن نمو مباحث الفقه الإسلامي المتعلقة ببعض هذه الموجبات والحاجة التعليمية إلى تناول تفصيلاتها بالتحليل والدراسة مما يفرض إفراد حيز مناسب لكل فعل أو مجموعة من الأفعال التي توجب الضمان. وفيما يلي أهم هذه الموجبات التي عالجها الفقهاء:

1 ـ الغصب. ويقابل في القانون الانجليزي: Trespass Conversion.

2 ـ مباشرة إتلاف مال الغير أو بدنه أو حق من حقوقه المالية إتلافاً جزئياً أو كلياً.

3 ـ التسبب في هذا الإتلاف بأي فعل من الأفعال التالية:

(أ) الإهمال والتقصير في أداء واجباته واتباع المألوف أو في تعهد ما يجب على المرء أن يتعهده من حفظ من هم تحت ولايته أو رعاية الحيوانات والأشياء التي في حوزته.

(ب) الغرور والخداع والغش والتدليس.
(جـ) الحيلولة.
(د) الصدمة العصبية.
(هـ) الترك، بناء على قاعدة من ترك واجباً في الصون ضمن.

4 ـ التعسف في استعمال الحق.

264 ـ وتشترك هذه الأفعال جميعاً في كونها من التعديات التي لم يأذن بها الشارع، وإلا لم يجب بها الضمان، كما إذا استند أي منها إلى سبب شرعي يبيحه ويمنع المسئولية عن مرتكبه. من ذلك قيام حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال دون تجاوز في استعمال هذا الحق. ويختلف ذلك عن حالة الضرورة، حيث يجوز للمضطر الأخذ من مال الغير،

وإنما وجب عليه ضمانه، لأن القاعدة الفقهية أن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

وإنما يجب الضمان بهذه الموجبات إذا وجد الضرر وقامت علاقة السببية حسبما اتضح عند بحث أركان الضمان. والأسس التي تميز بين هذه الموجبات هي:

- محل الضرر وطبيعته، وبهذا يتميز الغصب عن غيره، فإن التعدي فيه وارد على الحيازة.

- العلاقة بين الضرر والفعل، وتولد الأول من الآخر على وجه المباشرة Directness أو التسبب Indirectness .

- طبيعة الفعل من حيث الإيجاب أو السلب (الفعل والكف أو الترك) ومن حيث كونه فعلاً مادياً أو معنوياً كالصدمة العصبية.

- طبيعة الفعل من حيث حكمه الشرعي وكونه غير مأذون فيه بأصله أو بوصفه ومآله (التعسف).

265 ـ في القانون: لا تعنى الدراسات القانونية المألوفة في البلاد العربية بسرد أنواع الأخطاء وتفصيلاتها، اكتفاء بعرض المعاني العامة التي تجمع بينها مع الإشارة بوجه عام إلى مستويات هذه الأخطاء وأقسامها: 1 ـ خطأ تافه لا يرتكبه الرجل الحريص. 2 ـ خطأ يسير لا يرتكبه الرجل المعتاد. 3 ـ خطأ جسيم يؤدي إلى ضرر كان على المخطىء أن يتوقعه Recklessness. 4 ـ خطأ لا يغتفر، وهو المصحوب بالقصد والنية[1]. وأهم ما يرد على هذا الأسلوب أنه لا يفي بالهدف التعليمي ولا يساعد المتعلم على الربط بين أحكام المسئولية التقصيرية وتطبيقاتها العملية.

وقد سلك القانون العرفي Common Law مسلكاً يختلف عن المسلك السابق، ويتناول موجبات ضمان التعدي بشيء من التفصيل، مقترباً بنهجه هذا من المنهج الذي سار عليه الفقهاء المسلمون في الاهتمام بالفروع والتطبيقات العملية. وأهم هذه الموجبات في هذا القانون هي:

1 ـ التعدي على الأشخاص Torts to Persons. ويشمل هذا النوع من الضمان التعديات المتعلقة بالبدن والسمعة والعلاقات الأسرية. وقد يتخذ التعدي على البدن إحدى الصور التالية: (أ) التهديد Assault. (ب) الاعتداء على إحدى الجوارح على نحو يؤدي إلى تعطيلها أو النقص في وظائفها، وهو ما يطلق عليه Mayhem. (جـ) حبس المرء وتقييد حركته False Imprisonment. (د) المساس بالبدن بشيء من العنف Battery. (هـ)

(1) انظر في ذلك: المسئولية المدنية لحسين وعبد الرحيم عامر: ص 148 وما بعدها، نشر دار المعارف، والمسئولية العقدية والتقصيرية لحسن عكوش: ص 29 وما بعدها، والوسيط للسنهوري: 799/1.

التعدي على السمعة والشرف بالألفاظ Slander. (و) التعدي على السمعة بالكلمة المكتوبة أو المسجلة وترويجها أو نشرها Libel.

2 - التعدي على العقارات Torts to Land. ويشمل ذلك: (أ) الدخول إلى أرض الغير بغير حق Illegal Entry. (ب) البقاء فيها أو شغلها. (جـ) مجاوزة حدود الإذن في استعمالها مما يؤدي إلى اعتباره متعدياً منذ البداية Trespass ab initio. (د) التعدي على حقوق الارتفاق Natural rights and easement. (هـ) طرد صاحب العقار والاستيلاء عليه.

3 - التعدي على المنقولات Torts to Goods. ويشمل هذا التعدي كلاً من: (أ) الاستيلاء على منقولات الغير وإتلافها. (ب) مجاوزة إذن المالك في حيازتها Trespass ab initio. (جـ) حبس منقولات الغير وعدم تسليمها له Detention. (د) غصب هذه المنقولات وحيازتها من اليد المحقة بغير حق Conversion.

4 - الإهمال، Negligence: وهو السلوك مسلكاً مخالفاً لما يوجبه الحرص والعناية بسلامة بدن الغير وأمواله وحقوقه الأخرى.

5 - الدعوى الكيدية Malicious Abuse of Legal Proeess، وذلك إذا صدر الحكم في نزاع بين المتقاضيين لمصلحة أحد أطرافه دون وجود سبب ظاهر يبرر هذا النزاع.

6 - الكذب الضار Injurious Falsehood الذي يشمل كلاً من: (أ) الغش والغرور Fraud, Deciet. (ب) الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بحقوق الملكية والحيازة Slander of Title. (جـ) أو فيما يتعلق بالسمعة التجارية Trade Libel. (د) أو فيما يتعلق بحقوق الطبع والنشر Copy Rights. (هـ) أو العلامة التجارية Trade Mark.

7 - الإزعاج العام والخاص Public and Private Nuisance

266 - ويقوم هذا التقسيم للأفعال الضارة على النظر إلى طبيعتها ونية فاعليها والضرر المترتب عليها وعلاقتها بالضرر الناشىء عنها من حيث المباشرة أو التسبب. ومن جهة أخرى فإن هذا التقسيم يعكس حلقات التطور التي مر بها ضمان التعدي في القانون العرفي؛ فقد اعترف هذا القانون بالمسئولية في التعدي المصحوب بشيء من العنف منذ بداية تطوره في القرن الثالث عشر، ولم يعترف بالإهمال سبباً لقيام هذه المسئولية إلا في القرن التاسع عشر، فناسب ذلك إفراد الإهمال عند التناول لتوضيح ظروف نشأته التاريخية. ولعل الالتفات إلى هذه الاعتبارات هو السبب في كثرة التفصيلات وغموضها أحياناً.

أما الفقهاء المسلمون فقد سلكوا في تناول هذه الموجبات طريقة لا تخلو من الصعوبة والغموض بسبب تعرضهم لتفصيلاتها في مناسبات متفرقة وأبواب متباعدة. ويعين

على جمع هذه الموجبات في تصور عام الإشارة إلى حصر القرافي لأسباب الضمان وموجباته في ثلاثة أمور لا رابع لها. أولها: المباشرة، والثاني: التسبب، والثالث: اليد غير المؤتمنة. ولا شك في وضوح هذا الحصر لأسباب الضمان واستيعابه للتناول الفقهي لجزئيات هذه الأسباب وتفصيلاتها. ويتسم هذا الحصر كذلك بالمرونة التي تيسر جمع الفروع الفقهية المتعلقة بهذه الموجبات مع إخضاعها لنوع من التناول المنطقي المألوف في الكتابات الحديثة. ويقدم تقسيم القرافي لكل ذلك أساساً جيداً للتقسيم المتبع في هذه الدراسة. وفي الفصول الأربعة التالية بحث هذه الموجبات على النحو التالي:

1 ـ الغصب.
2 ـ الإتلاف للمال والبدن بالمباشرة والتسبب.
3 ـ التعسف.

الفصل الأول

الغصب

المبحث الأول: مفهوم الغصب

267 - في اللغة: الغصب مصدر غَصَب الشيء يغصبه، بكسر الصاد، بمعنى الإزالة والأخذ على وجه الظلم والقهر. من ذلك قولهم غصب الجلد بمعنى أزال عنه شعره ووبره نتفاً وقشراً بلا عطن في دباغ ولا إعمال في ندى. وغصب الشيء بمعنى أخذه ظلماً، كاغتصبه، وغصب فلاناً على الشيء بمعنى قهره [1]. وغصبها نفسها أي واقعها كرهاً، فاستعاروه للجماع[2]. وهو بذلك يشمل العدوان على الحقوق المالية وغيرها. ويتعدى الفعل (غصب) إلى مفعولين بنفسه، فتقول غصبه ثوباً، وقد شاع في استعمال مصنفي الفقهاء، فيما يلاحظ النووي، تعدية هذا الفعل للمفعول الثاني بمن، فيقولون على سبيل المثال، غصب منه ثوباً. ولا بأس به من جهة اللغة، مثلما هو الحال في بعته فرساً وبعت منه فرساً[3]. والغاصب: اسم الفاعل وجمعه غصاب. وقد ورد المصدر منه في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً﴾ (الكهف: 79). وكذلك جاءت هذه المادة في السنة بصيغ مختلفة. من ذلك ما جاء في صحيح البخاري باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت فقضى بقيمة الجارية الميتة ثم وجدها صاحبها فهي له ويرد القيمة ولا تكون القيمة ثمناً[4]. وقد وردت كذلك في البخاري على لسان عمر رضي الله عنه في تحذير أولئك الذين (يريدون أن يغصبوا الناس أمورهم)[5]. بمبايعة امرىء على

---

(1) القاموس المحيط، مادة غصب.

(2) لسان العرب مادة غصب.

(3) تهذيب الأسماء واللغات مادة غصب وباع.

(4) صحيح البخاري، كتاب الحيل.

(5) كتاب الحدود من صحيح البخاري.

شأن من شئون المسلمين دون مشورة منهم. كما وردت كذلك في مرافعة الحضرمي أمام النبي ﷺ في دعوى هذا الحضرمي اغتصاب الكندي وأبيه أرض الحضرمي[6]. ومع ذلك فإن الغالب في السنة هو الإشارة إلى معناه بألفاظ أخرى، كأخذ مال الغير، ومن ظلم شبراً من الأرض، أو اقتطع، وغير ذلك مما يشير إلى الغصب بغير لفظه.

268 ـ في الاصطلاح (تعريف الأحناف): عرف الفقهاء الغصب تعريفات مختلفة باختلاف مفهوم الغصب عندهم.

فهو في المذهب الحنفي حسبما جاء في الهداية: (أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده)[7]. وفي المحيط البرهاني نوع تفصيل لأوجه إزالة يد المالك في تعريف الغصب بأنه: (أخذ مال متقوم محترم على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده أو يقصر يده إن لم يكن في يده)[8]. وفي تكملة البحر الرائق أنه: (إزالة اليد بإثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل)[9]. وفي البدائع أنه: (إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال)[10]. ويشير الكاساني مع ذلك إلى رأي محمد في عدم اشتراط توجه الفعل إلى المال لتحقق الغصب. وعرفه ابن غانم البغدادي بأنه هو (أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين)[11] وهو أقرب إلى تعريف الكاساني.

وتتضمن هذه التعريفات للغصب كلاً من المعاني التالية:

ـ إزالة اليد المحقة، سواء كانت يد المالك أو يد نائبه، فلا تضمن زوائد المغصوب ضمان الغصب إلا بالتعدي.

ـ عدم إذن صاحب اليد المحقة بإزالة يده، ويفترق الغصب بذلك عن الوديعة والهبة وغيرهما مما فيه الإذن بالأخذ.

ـ إثبات اليد المبطلة بنقل المغصوب إليها.

ـ كون الإزالة والإثبات بفعل في المال، لا في المالك، خلافاً لمحمد.

ـ كون الإزالة والإثبات على سبيل المجاهرة والمغالبة، لا على سبيل الاستسرار، وهو في هذا يختلف عن السرقة.

(6) نيل الأوطار: 65/6.
(7) الهداية: 11/3.
(8) فتح القدير: 362/7.
(9) البحر الرائق: 123/8.
(10) بدائع الصنائع: 143/7.
(11) مجمع الضمانات: 117.

ـ انحصار المغصوب في الأموال المنقولة المتقومة، خلافاً لمحمد الذي رأى جريان الغصب في العقار أيضاً. ولا يجري الغصب بذلك في الحر والميتة وخمر المسلم لأنها ليست من الأموال.

269 ـ المالكية: يفرق المالكية بين أخذ أعيان الأشياء وذواتها وبين أخذ منافعها، ويقصرون مفهوم الغصب على أخذ الأعيان والذوات على حين يدرجون أخذ المنافع تحت مصطلح التعدي. وبذا يشمل التعدي عندهم كلاً من التعدي على المنافع بفواتها أو تفويتها والإتلاف للأموال أو الأبدان إتلافاً جزئياً أو كلياً بالمباشرة أو التسبب(12).

وقد عرف ابن عرفة الغصب لهذا بأنه (أخذ مال غير منفعة قهراً لا لخوف قتال، فيخرج أخذه غيلة، إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكه، وحرابة)(13). ومعناه إخراج الأخذ للمال في القتل غيلة من الغصب بكونه لم يؤخذ على سبيل القهر للمالك الذي قتل قبل أخذ المال. وفيه تزيد لانتفاء القهر في أخذ المال بعد كل قتل. وإنما خرجت الحرابة لأن القهر في أخذ المال بها ذو طبيعة خاصة، من جهة تعذر الغوث معه، فلا يضمن المأخوذ بها ضمان الغصب.

ويعقب الدردير على تعريف الغصب وأنه أخذ مال قهراً بلا حرابة بقوله: (أخذ مال جنس يشمل الغصب وغيره، وهو من إضافة المصدر لمفعوله، والفاعل محذوف، أي أخذ آدمي مالاً. والمتبادر من المال الذات، فخرج به التعدي وهو الاستيلاء على المنفعة فقط كسكنى الدار وركوب دابة من غير استيلاء على ذات الدار والدابة)(14). وعرفه بعض المالكية بما لا يخرج عن ذلك وأنه: (رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهراً)(15).

ويتضمن تعريف المالكية الإشارة إلى المعاني التالية التي يتفقون في عدد منها مع الأحناف، وهي:

ـ إزالة اليد المحقة، فلا يدخل في الغصب إبقاء اليد على ما لم يكن في يد المالك أو نائبه عند أخذه. ولا يجري عندهم ضمان الغصب في زوائد المغصوب.

ـ إثبات الغاصب يده على المغصوب وأخذه له.

ـ كون المال عيناً لا منفعة، لأن الأعيان هي المتبادرة من لفظ المال الوارد في تعريفات الغصب، وإنما تضمن المنفعة عندهم ضمان التعدي.

---

(12) القوانين الفقهية لابن جزي: ص 331.

(13) الخرشي: 129/6.

(14) الشرح الصغير: 84/4 وما بعدها، والدسوقي: 442/3.

(15) مواهب الجليل لابن الخطاب: 274/5.

ـ كون الأخذ للمال على سبيل القهر احترازاً عن السرقة والاختلاس والخيانة، مما يكون الأخذ للمال فيه على سبيل الاستسرار لا القهر.

ويختلف المالكية عن الأحناف في جريان الغصب في كل من العقارات والمنقولات على السواء.

270 ـ الشافعية: يقترب تعريف الشافعية للغصب من حقيقته اللغوية التي لا يوجد في الشرع ما يصرفه عنها؛ إذ يعرفه النووي بأنه (الاستيلاء على حق غيره، فيدخل في هذا غصب الكلب والسرجين وجلد الميتة ونحو ذلك من النجاسات التي يجوز اقتناؤها. ويدخل فيه غصب المنافع والأعيان والحقوق والاختصاصات. وأما قول جماعة من أصحابنا أن الغصب هو الاستيلاء على مال الغير فليس بمرضي، لأنه ليس بحد جامع لما ذكرناه[16]. وقد تناقل شراح المنهاج لذلك تعريف الغصب بأنه (الاستيلاء على حق الغير بغير حق)[17] وهـو أفضـل من قول بعضهم الاستيلاء على حق الغير عدواناً، حتى يشمل أخذ مال الغير، وهو يظنه من ماله، إلا إذا فهم العدوان مرادفاً لغير الحق. والاستيلاء أعم من الأخذ لشموله المنافع كما جاء في تحفة المحتاج[18]. وينطوي الاستيلاء على معنى القهر والغلبة فيما أشار إليه الشربيني وإنما المدار في تجديد مفهوم الإستيلاء على العرف. وقد عرف بعض الشافعية الغصب على نحو أكثر تفصيلاً من إشارتهم إلى أنه عبارة عن (الاستيلاء على حق ولو منفعة، وكإقامة من قعد بمسجد أو سوق أو غير مال ككلب نافع بلا حق)[20]. وفي المجموع أن الماوردي عرف الغصب (بأدق ما رأيت تعريفاً، فقال: الغصب هو منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق. ومن ثم يكمل الغصب بالمنع والتصرف. فإن منع ولم يتصرف كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعد على المالك دون الملك. وإن تصرف ولم يمنع كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعد على الملك دون المالك. فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله أم لا)[21].

وأهم ما ينفرد به تعريف الشافعية للغصب التوسع في مفهوم المغصوب، حتى يشمل عندهم العقارات والمنقولات والمنافع والاختصاصات. وقد نتج عنه التوسع في مفهوم الفعل الموجب للغصب، ولم يشترطوا الأخذ، بما يتضمنه من إزالة اليد المحقة وإثبات اليد

---

(16) تهذيب الأسماء واللغات للنووي مادة غصب.

(17) نهاية المحتاج للرملي: 5/ 142، وتحفة المحتاج لابن حجر: 3/6، ومغني المحتاج للشربيني 275/2.

(18) تحفة المحتاج: 6/3 .

(19) مغني المحتاج: 275/2.

(20) حاشية الجمل: 469/3.

(21) المجموع للنووي: 232/14.

المبطلة فيما اتجه إليه الأحناف والمالكية، بل اعتبر الشافعية تحقق الغصب في كل ما يعده العرف استيلاء على حق من حقوق الغير.

271 ـ تعريفات أخرى: يتفق تعريف الحنابلة للغصب مع تعريف الشافعية؛ ففي المبدع تعريف الغصب بأنه: (الاستيلاء على حق غيره قهراً ظلماً)[22]، وفي كشاف القناع أنه: (استيلاء غير حربي على حق غيره من مال أو اختصاص قهراً بغير حق)[23]. وفي المادة 1375 من المجلة الشرعية تعريف الغصب بأنه استيلاءُ غير حربي عرفاً علىٰ حق غيره قهراً بغير حق). وفي الإنصاف تعريفه أنه (الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق)[24]. ولا تخرج المعاني المتضمنة في هذه التعريفات عما أراده الشافعية منها.

ولا يختلف تعريف ابن حزم للغصب عن تعريف الشافعية والحنابلة، فقد حده بأنه (أخذ الشيء بغير حقه ظلماً)[25]. وإلى ذلك اتجه الزيدية أيضاً؛ فقد عرفه الصنعاني بأنه هو (الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً، فلا تدخل السرقة لأنها اختلاس. ويدخل في الاستيلاء استعمال عبد الغير وركوب دابته فإنه يضمن. قيل ومنه الجلوس على فراش الغير إذا كان لمثله أجرة. وتدخل في الحق المنافع، كمنفعة الكلب والسرجين. ويخرج بالعدوان المغانم وما انتزع من يد الغاصب للحفظ)[26]. ومع ذلك يعرفه ابن المرتضى تعريفاً أخص من سابقه، فيحده بأنه هو (الاستيلاء على مال الغير عدواناً وإن لم ينو المستولي الغصب، بل أراد اللعب والمزاح. والاستيلاء هو إثبات اليد على الشيء والعدوان لا بإذن الشارع)[27]. ولا يخرج تعريف الشيعة الإمامية عما أخذ به الجمهور؛ فيحده الخميني بأنه (الاستيلاء على ما للغير من مال أو حق عدواناً)[28]. ويتنوع المغصوب عنده، فهو: (إما عين مع المنفعة من مالك واحد أو مالكين، وإما عين بلا منفعة، وإما منفعة مجردة وإما حق مالي متعلق بعين. أما الحلّي فقد عرفه بأنه: (الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً)[29].

272 ـ موازنة: يتضح مما سبق أن هناك اتجاهين لدى الفقهاء في تعريف الغصب. أولهما اتجاه الأحناف والمالكية، ممن يضيقون في مفهومه بقيود إزالة اليد المحقة وإثبات

(22) المبدع شرح المقنع: 150/5.
(23) كشاف القناع: 76/4.
(24) الإنصاف: 121/6.
(25) المحلى: 144/8.
(26) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني: 401/3.
(27) البحر الزخار: 144/4.
(28) تحرير الوسيلة للخميني: 172/2.
(29) شرائع الإسلام: 235/3.

اليد المبطلة. ويضيف الأحناف لذلك قيوداً أخرى منها أن يكون ذلك بفعل في المال، وأن يكون هذا المال عيناً منقولة. أما الاتجاه الآخر الذي أخذ به جمهور الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية فيتوسع في مفهوم الغصب ولا يشترطون لتحقق الغصب سوى حدوث واقعة مادية تمثل عدواناً على حق من حقوق الحيازة أو الملكية. ويؤيد اتجاه الجمهور مؤيدات عديدة من بينها:

ـ إطلاق النصوص التي تحرم الاعتداء على حقوق الحيازة والملكية، وعدم تقييدها بنوع منها دون غيره.

ـ اقتراب مفهوم الغصب لدى الجمهور من مفهومه اللغوي الذي لا يوجد في الأدلة الشرعية ما يصرفه عنها. وتقضي القاعدة الأصولية بوجوب حمل الألفاظ على معانيها الشرعية إذا وجد تحديد شرعي لها، كألفاظ الصلاة، والصيام والزكاة، وإلا حملت على معانيها العرفية أو اللغوية.

ـ يؤدي تقييد الغصب على النحو الذي أخذ به الأحناف والمالكية إلى استقرار الضرر حيثما وقع، وإلى عدم محاسبة الغاصب على فعله، وعدم تكليفه برفع الضرر المأمور به شرعاً.

ويتضمن تعريف الجمهور الإشارة إلى أركان الغصب التالية:

1 ـ واقعة مادية عبروا عنها بالاستيلاء.

2 ـ موضوعها عدوان على حق من حقوق الحيازة أو الملكية.

3 ـ طبيعة هذا العدوان واختلافه عن كل من السرقة والحرابة.

وفيما يلي توضيح كل من هذه الأركان:

273 ـ مفهوم الاستيلاء: الفعل الموجب للغصب عند الأحناف هو أخذ المال على وجه يزيل يد المالك أو يقصرها، كما اتضح من تعريفاتهم السابقة. ويكاد يقترب مفهوم الغصب بهذا المعنى فيما يلاحظ الأستاذ عبد الجبار شرارة من مفهومه في القانون الروماني[30]، حيث جاء في مدونة جو ستنيان أن (الغصب هو انتزاع مال مملوك للغير بالقوة)[31]. وإنما اشترط الأحناف في الفعل الموجب للغصب ذلك بناء على مذهبهم في

---

(30) أحكام الغصب في الفقه الإسلامي للأستاذ عبد الجبار أحمد شرارة، نشر مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ببيروت ومكتبة دار التربية ببغداد، عام 1975: ص 34.

(31) مدونة جوستنيان ترجمة عبد العزيز فهمي: ص 253 نقلاً عن المصدر السابق.

عدم جريان الغصب في المنافع والعقارات. أما الجمهور الذي يجري الغصب عندهم في المنافع والعقارات فلا يشترطون في الفعل الموجب للغصب إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة، ويكفي عندهم هذا الإثبات الذي عبروا عنه بالاستيلاء مع التوسع في مفهومه حتى يشمل أي فعل يعد في العرف من الاستيلاء على حق الغير بغير حق. يوضحه حكمهم بجريان الغصب في المسائل التالية:

- لا يشترط إثبات الغاصب يده على المغصوب؛ فأخذ المال بغير حق ولو لم يدخل في حوزة الآخذ من قبيل الغصب، كما في المكوس فإنها لا تدخل في حوزة المكاس[32].

- لا يشترط انتفاء رضا المغصوب منه صورة ومعنى، بل يعد غصباً ما يؤخذ دون وجود حقيقة الرضا، أو سبب شرعي يبيح هذا الأخذ. فما أخذ بسيف الحياء من قبيل الغصب فيما نص عليه الغزالي، كأن يسأل شخصاً في ملأ فيستحي ألا يعطيه، ويضمن السائل ما أخذه ضمان الغصب[33]. وكذلك الرشوة يدفعها الراشي توصلاً لما ليس من حقه، ويضمنها المرتشي بكل حال.

- لا تشترط حرية الآخذ في الاستيلاء على مال غيره ولا قصده؛ فمن أخذ مال غيره يظنه ماله ضمنه.. ولو أُكره على أخذ مال غيره ضمنه كذلك. ولو اضطر إلى ذلك للحفاظ على حياته ضمن ما أخذه، بناء على قاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير.

- لا تشترط إزالة يد المالك في الاستيلاء الموجب لضمان الغصب؛ فمن يجلس على فراش غيره عدّ غاصباً عند الجمهور، خلافاً للأحناف الذين يشترطون هذا الشرط، فلا يعد مجرد الجلوس موجباً للغصب عندهم، لأن أثر يد المالك وهو الفرش باق، فلم تزل يده[34]. أما ركوب الدابة وسَوْقها فإنه من الغصب اتفاقاً لإزالة يد المالك بسوقها. لكن لو ركبها ولم يَسُقْها ففي ظاهر الرواية أنه يضمن لتحقق إزالة يد المالك بالركوب. ولا يضمن في رواية في المذهب الحنفي إلا إذا ساقها لبقاء أثر يد المالك بوقوفها في محلها. وحكم ظاهر الرواية هو الراجح في المذهب[35].

- لا يشترط الجمهور نقل المال في الاستيلاء الموجب للغصب، ففي كشاف القناع أنه (لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين فيكفي مجرد الاستيلاء)[36]، وفي القواعد أن:

---

(32) كشاف القناع: 76/4.

(33) مغني المحتاج: 275/2.

(34) حاشية الجمل: 470/3، وشرح فتح القدير: 367/7.

(35) جامع الفصولين: 120/2، وتكملة فتح القدير: 363/7، والفتاوى الغيائية 114 والبحر الرائق 127/8.

(36) كشاف القناع: 77/4.

(اليد المجردة لا يتوقف الضمان بها على النقل، كما يصير المودَع ضامناً بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا إزالة)[37]. ويفرق بعض الشافعية مع ذلك بين كون المال في يد الغاصب عند إقدامه على الاستيلاء عليه، فلا يشترط نقل هذا المال، وبين كونه في اليد المحققة عند استيلائه عليه، وهو الذي يشترط فيه النقل. وعبارتهم في ذلك: (اشتراط نقل المنقول في الاستيلاء عليه في منقول ليس بيده، فإن كان بيده كوديعة فنفس إنكاره غصب لا يتوقف على نقل)[38]، ويشبه ذلك في القانون الانجليزي Trespass to goods ab initio الذي سلفت الإشارة إليه قبل قليل.

وإذ لم يشترط إثبات اليد الغاصبة ولا إزالة اليد المحققة ولا نقل المال المغصوب ولا حرية الغاصب أو قصده أو علمه بالغصب فإن الاستيلاء المنشىء للغصب هو الفعل المعتبر في العرف ذا أثر في تفويت يد المالك عن ملكه وعدم تمكينه من الانتفاع به شريطة كون هذا الفعل تعدياً أي غير مستند لإذن من له الحق في الإذن. أما الاستيلاء على غير وجه التعدي فلا ينشىء غصباً، كما لو ألقت الريح ثوباً في حجر شخص فإنه لا يكون غاصباً له[39]، وكما لو دخل حيوان الغير داره، وعليه أن يخرجه منها منعاً لدخوله في ضمانه، لكن لو أمسكه وحبسه كان غاصباً[39]. وليس من التعدي أن يستند الاستيلاء إلى إذن شرعي كاللقطة، أو إلى إذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف. وقد نص الفقهاء على أن من أخذ عبداً آبقاً ليرده إلى صاحبه فلا يعد غاصباً بإمساكه. وليس من التعدي كذلك أن يستند أخذ المال والاستيلاء عليه إلى إذن صاحبه صراحة أو دلالة، كأن يأخذ كتاباً أمام صاحبه للنظر فيه ورده إليه دون اعتراض منه. ويضبط ذلك قاعدة أن (القابض لمال غيره لا يخلو إما أن يقبضه بإذنه أو بغير إذنه، فإن استند إلى إذن شرعي كاللقطة لم يضمن، وكذا إذا استند إلى إذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه.. وإن خلا عن ذلك كله فهو متعد وعليه الضمان في الجملة)[40].

ولا يشترط مباشرة الاستيلاء لتحقق الغصب، وإنما يكفي التسبب. وقد نص الفقهاء على أن من أخذ أم النحل فتبعها أو الحيوان فتبعه فلوه عد غاصباً للجميع. والمدار في الاستيلاء المثبت للغصب على العرف. وتفريعاً على ذلك فإن مجرد استخدام ملك الغير واستعماله يوجب ضمانه كقبضه لو هلك أثناء هذا الاستخدام؛ ففي جامع الفصولين: (استعمال قن الغير كقبضه؛ فيضمن لو هلك من ذلك العمل). وفيه أيضاً: (من حمل كوز

(37) القواعد لابن رجب: 221.

(38) حاشية الجمل: 470/3.

(39) القواعد لابن رجب: 59.

(40) السابق: 56.

ماء لينقله إلى بيت مولاه بإذنه فدفع إليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض فهلك في الطريق، قال صاحب المحيط مرة يضمن نصف قيمته، ثم مرة ثانية قال يضمن كل قيمته، إذ فعله نسخ فعل المولى فصار غاصباً كل القن)[41]. ويتفق الشافعية مع الأحناف في ذلك؛ ففي حاشية الجمل[42] أنه لو بعث عبد غيره في حاجة له بغير إذن سيده ضمنه، خلافاً لرواية ضعيفة عن البغوي حكم فيها بأنه لا يضمنه. والشرط في الاستخدام الموجب للغصب أن يكون لمصلحة الغاصب ومنفعته. أما لو كان لمصلحة المغصوب أو لمنفعة مالكه فلا يتحقق الغصب؛ ففي جامع الفصولين أنه لو قال لعبد الغير: ارق هذه الشجرة فأت منها بفاكهة تأكلها أنت لم يعد مستولياً عليه، ولا يضمنه، حيث إنه لم يستخدمه في مصلحة نفسه. ولو قال لنأكله ـ أنا وأنت ـ ينبغي أن يضمن قيمته كله (إذ استعمل كله في منفعته)[43].

274 ـ ويختلف الاستيلاء على الأعيان المنقولة عن الاستيلاء على العقارات والمنافع أو الحقوق مما ينضبط بالعرف الذي يفرق بين ما يعد استيلاء وما لا يعد كذلك. والفرق بين الاستيلاء في المنقول وبين الاستيلاء في العقار عند من يقول بجريان الغصب فيه، وهم الجمهور، أن يد المستولي في المنقول حسية لا يشترط فيها القصد أو القدرة على إثبات اليد بخلافه في العقار فإن يد المستولي عليه حكمية فاشترط فيها القصد والقدرة على إثبات اليد. ويتضح ذلك بالنظر في المسائل التالية:

ـ دخل داراً ليس بها صاحبها وكان غائباً عنها (فالدخول غصب بكل حال لتحقق الاستيلاء به)[44] إذا قصد الغصب. لكن لو لم يقصده، كأن دخلها لينظر إليها أو ليشتريها أو ليتخذ مثلها فإنه لا يكون غاصباً[45]، وإن كان الفعل، وهو الدخول دون إذن، محرماً.

ـ لو منع صاحب الدار من الدخول إليها أو أخرجه منها فهو غاصب لها، وإن لم يدخلها وادعى عدم قصده الاستيلاء عليها، لأنه استولى عليها بالفعل، ولا تصح دعواه لأن الظاهر يكذبه[45].

ـ دخل داراً فيها مالكها ولم يزعجه وكان قادراً على المغالبة وقصد الاستيلاء عليها عدّ غاصباً لنصفها إن كان المالك واحداً. فإن تعدد الغصاب والملاك كان النصيب المغصوب بحساب عدد الرؤوس[45].

---

(41) جامع الفصولين: 110/2، وانظر فتح القدير: 363/7، والبحر الرائق: 124/8.

(42) 470/3.

(43) 111/2.

(44) القواعد لابن رجب: 223.

(45) حاشية الجمل: 470/3.

ـ لو دخل دار غيره ومالكها فيها ولم يقصد الاستيلاء عليها أو كان ضعيفاً لا يتمكن من قهر المالك والتغلب عليه لم يُعَدَّ غاصباً[45].

من هذه الفروع يتضح أن الاستيلاء في العقار يتحقق بالسكنى والإقامة ووضع اليد ومنع المالك من الانتفاع بملكه شريطة قصد الاستيلاء أو حصوله بالفعل مع القدرة على إثبات اليد إن لم يكن المالك غائباً عن عقاره.

275 ـ أما في المنافع فيفرق بين تفويتها باستيفاء الغاصب لها وبين فواتها أو إهدارها وتعطيلها. ومن التفويت سكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض أو إجارتها وكراء الدابة أو إعارتها. أما الفوات فكإغلاق الدار وحبس الدابة ومنع الشخص من الذهاب لعمله. ولا خلاف في أن تفويت المنافع نوع من الاستيلاء عليها. والخلاف بينهم في الفوات منشؤه التردد في تحقيق الاستيلاء على ما فات من المنافع، فقد ترجح لدى بعض من ذهبوا إلى ضمان المنافع بالفوات أن تعطيلها نوع من الاستيلاء عليها يوجب ضمان الغصب، على حين أوجب البعض الآخر ضمانها ضمان إتلاف لا ضمان غصب لتعذر الاستيلاء على المنافع المعطلة.

276 ـ التعدي في الاستيلاء: يوجب الاستيلاء على حق الغير بغير حق ضمان الغصب، فكأن الاستيلاء غير المستند إلى إذن شرعي أو عرفي يعد من التعدي أو الخطأ الموجب للضمان مطلقاً، سواء صدر المستولي في ذلك عن سوء نية، وكان يعرف وقت استيلائه على حق غيره أنه لا حق له فيه، أم صدر في ذلك عن حسن نية. والتعدي بذلك هو السلوك مسلكاً مخالفاً للإذن الشرعي وإن لم يتعمده فاعله. وقد خشي بعض الفقهاء أن يؤدي فهم التعدي فيما هو المتبادر منه، وهو الاستيلاء المصحوب بسوء النية، إلى استبعاد أحوال الاستيلاء على أموال الغير بحسن نية وإخراجها من ضمان الغصب، مما يؤدي إلى ضياع حقوق الناس، فاقترح إحلال كلمة بدون حق محل كلمة التعدي في وصف الاستيلاء الذي يوجب الغصب. ويجب أن تختفي هذه المخاوف إذا حددنا مفهوم التعدي في غير مجال الجنايات بأنه يماثل مفهوم تعبير (بدون حق). ويشمل هذا المصطلح بذلك كلاً من التعدي الموجب للإثم والتعدي الذي لا يوجبه تبعاً لنية المتعدي. ويعد متعدياً بهذا الإطلاق من يأخذ مال غيره على ظن أنه ماله هو، وكذا من حاز حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق معتقداً أن حيازته هذه لا تنطوي على أي اعتداء على حقوق الغير، كأن يعتقد أنه هو المالك، أو أنه حاز هذا الحق برضا صاحبه. ومن جنسه أن يشتري أحد عيناً من شخص معتقداً أنه هو المالك، وتسلم العين من البائع ثم ظهرأنه غاصب لها فإنه يضمن ضمان الغاصب لتعديه باستيلائه على مال غيره بدون إذنه، ولا إثم

عليه. ويشبهه أن يرث هذه العين أو أن توهب له أو يُوصَى لـه بها دون علمه بأنها مستحقة لغيره، وهذه صورة غاصب الغاصب في الفقه الإسلامي. أما إذا كانَ سيىء النية في حيازتها بأن يشتريها ممن غصبها أو يرثها أو توهب له عالماً بحقيقة مالكها فإنه يضمنها ضمان الغاصب مع استحقاق الإثم كذلك. ولا يفترق التعدي المصحوب بالنية السيئة عن التعدي غير المصحوب بذلك في استحقاق الإثم فقط بل يفترقان كذلك في درجة المسئولية. ويطلق الفقهاء على الغاصب الذي دخل المال في حيازته بحسن نية عنوان (ذي الشبهة). وسيأتي الفرق بينه وبين غيره في درجة المسئولية في مناسبته من هذا البحث (46).

وبهذا فإن استيلاء الصغير والمجنون مميزين أو غير مميزين على مـال الغير من التعدي، بمعنى مخالفة فعلهما لما أوجبه الشارع من الحفاظ على حقوق الغير. وكذا فإن من أخذ مال غيره يظنه ماله فإنه يكون متعدياً بهذا النظر، وإن لم يأثم لجهله وسلامة نيته إلا إذا قصر في النظر المأمور به شرعاً. وقد أشارت إلى هذا المادة 965 من القانون المدني المصري، حيث جاء في فقرتها الأولى: (يعد حَسَن النية من يجوز الحق، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم). والواقع أن معيار التعدي في الاستيلاء الموجب للضمان معيار مادي موضوعي يقتصر على النظر إلى الفعل نفسه وما ترتب عليه من نتائج دونما التفات إلى شخص الفاعل أو نيته، بخلاف التعدي في الاستيلاء الموجب للضمان والإثم معاً الذي يتسع للنظر إلى كل من الفعل والفاعل على السواء.

277 ـ محل العدوان وطبيعته: يفترق التعدي في الغصب عنه في السرقة والحرابة من حيث اشتراط أخذ المال على سبيل الاستسرار والخفية في السرقة وعلى وجه يتعذر معه الغوث والمعونة في الحرابة بالاعتماد على التخفي عن سلطة الإمام أو الحاكم. وتشبه الحرابة السرقة في التخفي والاستسرار بهذا المعنى. ولذا أطلق عليها الفقهاء (السرقة الكبرى). أما الغاصب فإنه لا يتخفى ولا يتعمد أخذ المال في ظروف تعذر غوث المعتدي عليه ونجدته وإنما يأخذ المال على سبيل المجاهرة.

ويترتب على هذا الفرق فرق آخر بينهما في محل العدوان، فإن الاستيلاء في الغصب يرد على المنقولات والعقارات والمنافع والاختصاصات في رأي الجمهور، على حين تختص السرقة والحرابة بأعيان الأموال المنقولة. وبهذا فإن الاستيلاء على منفعة التيار الكهربائي من قبيل الغصب لا السرقة خلافاً للتخريج الذي ذكره بعض المحدثين، لأن الغاصب يستولي على منفعة لا على عين.

ومن حيث الجزاء فإن العقوبة في السرقة والحرابة بالحد والتعزير حق الله تعالى

(46) انظر التمييز بينهما في المسئولية وغيرها من الوجهة القانونية في الوسيط للسنهوري: 863/9.

لعموم خطرهما وعظم تأثيرهما بخلاف الغصب الذي يغلب فيه حق العبد وإن تضمن العدوان على حقوق الله عز وجل أحياناً. ويدل هذا على أن الخطورة في الغصب أقل منها في السرقة والحرابة رغم الاشتراك في كونها جميعاً جرائم مالية، لغلبة ضياع المال المأخوذ على وجه الاستسرار والتخفي عن قوة المجتمع وسلطته، فضلاً عما يتضمنه أخذ المال على هذا الوجه من جرائم أخرى واقعة بالفعل أو محتملة الوقوع؛ فإن انتهاك الحرز وترويع الآمنين في دورهم أو في الطرق والاطلاع على عوراتهم مما يصاحب السرقة والحرابة هي جرائم في حد ذاتها، كما أن احتمال وقوع القتل أو الجرح أو أوجه الإيذاء الأخرى لتأمين هروب السارق والمحارب أو في ظروف أخذهما المال من الجرائم المحتملة الوقوع [47]، ولذلك بالغ الشارع في العقوبة على جريمتي السرقة والحرابة وأوجب فيهما الحد تناسباً مع خطورتهما على الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأمة بخلاف مسلكه في الغصب المعتبر أساساً من الأخطاء المدنية وإن أوجب فيه العقوبة إذا اقترن بالعدوان على حقوق الله عز وجل.

278 ـ وإنما يجري الاستيلاء الموجب للغصب في الأموال والحقوق المالية الخاصة بالغير. ويتجه العدوان في هذا الاستيلاء على حقوق الحيازة Possession والملكية Ownership. والحيازة في الاصطلاح القانوني: (وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل به أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)[48]. وعبارة الدردير في تعريفها: (الحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه. والتصرف يكون بواحد من أمور: سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة)[49]. وتتألف الحيازة فيما يفيده هذا التعريف من عنصرين:

---

(47) يرجع الفضل في إثبات بعض هذه الفروق للمناقشة التي دارت أكثر من مرة حول هذه المسألة مع الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان حول جريمة السرقة.

(48) الوسيط للسنهوري: 784/9.

(49) الدسوقي: 233/4 وانظر المرجع نفسه: 4/ 195 حيث أشار إلى موضوع الحيازة كذلك، والمرجع نفسه 458/3, 459، وانظر في تبصرة الحكام (الباب السادس والستون في القضاء بشهادة الحيازة على الملك) بهامش فتح العلي المالك: 92/2, 104، وانظر تعريفها كذلك في الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: 524/6، وانظر الموازنة بين القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية في مفهوم الحيازة في المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد الله علي حسين طبعة عيسى البابي الحلبي 1947 :41/2 وما بعدها، وانظر الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي لأبي زهرة: ص 160. وأهم البحوث التي اطلعت عليها في هذا هو البحث الاستطلاعي الموجز الذي قام به الدكتور محمد عبد الجواد محمد بعنوان: الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي. وقد أشار فيه إلى تعريف فقهاء المالكية للحيازة في: ص 54 من بحثه هذا، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1978، وانظر تعريفها في المادة: 918 من =

أولهما مادي: وهو إثبات اليد والاستيلاء على الشيء المحوز.

والآخر معنوي: وهو قصد التملك الذي يكشف عنه التصرف في الشيء المحوز تصرف الملاك، كالسكنى والإسكان والهدم والبناء وغير ذلك مما ورد في التعريف.

واليد بهذا أعم من الحيازة، بحكم أن إثبات اليد هو المظهر المادي للحيازة التي لا تتحقق به وحده. ومع ذلك فقد أطلق الأحناف عبارة (ذي اليد) في معنى مرادف لمعنى الحائز، وقد نصت المادة 1679 من العدلية لذلك على تعريف ذي اليد بأنه: هو الذي وضع يده على عين بالفعل أو الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك) وقد أثبت صاحب مرشد الحيران أحكام وضع اليد في المواد من 151 إلى 161. واليد بهذا المعنى هو اصطلاح الحنابلة(50) والشيعة الإمامية(51) عنواناً على الحيازة. ويتفق القانون الانجليزي مع الفقه الإسلامي الذي يعد أقرب النظم القانونية الحديثة شبهاً بهذا الفقه من حيث سلطة القاضي وعدم الاهتمام بوضع النظريات العامة التي اشتهر بها القانون الروماني والنظم اللاتينية المتفرعة عنه، وذلك في إسناد ملكية الأرض إلى الدولة وإقامة العلاقة بين الأرض وصاحبها على الحيازة لا على الملكية واعتبار الحيازة سنداً أو دليلاً على الملكية(52).

أما الملكية فتعرف في الفقه الإسلامي بأنها القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع، كما يعرف الملك بأنه الاختصاص الحاجز، أو هو تمكين الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ومن أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة.

ولا شك في أن حماية حقوق الحيازة والملكية من المقاصد الرئيسية في أي نظام قانوني، حيث تمثل أهداف حماية الحياة والحرية والملكية الأهداف التي يسعى القانون إلى حمايتها. ولا تنحصر حقوق الملكية في مكنة التصرف في الأعيان المملوكة، وإنما تشمل مع ذلك الحق في اكتساب هذه الأعيان وحيازتها واستعمالها والتصرف فيها وحجز الغير عن التعدي عليها. والحفاظ على حقوق الملكية ذو أثر بعيد في تحقيق حرية الفرد. ولا فرق في النهاية بين وضع القيود على سلطتي في التصرف في الملك أو في اكتسابه أو في الاحتفاظ به واستعماله؛ فمن شأن مثل هذه القيود أن تدمر حريتي. وفي بداية هذا القرن اختلط مفهوم الملكية الخاصة بمفهوم الحرية في التفكير القانوني الأمريكي. وأصبح

= مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة، والمادة: 1171 مدني أردني. والبدائع: 256/6، وفتح القدير: 24/6 ,25 والطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص 88 حيث يشيد بمذهب أهل المدينة في الدعاوى.

(50) انظر المادة: 2245 من مجلة الأحكام الشرعية.

(51) القواعد الفقهية للبجنوري: 106/1 ,47/4.

(52) الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي ص 50.

الموضوع الرئيسي في القانون لذلك هو حماية حقوق الملكية الخاصة. وقد اختلف الوضع في منتصف هذا القرن واحتلت الملكية وحمايتها مكاناً تالياً للمكانة التي تبوأتها الحرية في هذا التفكير، مما جعل ظهور نظرية التعسف في الحق Abuse of Right أمراً ممكناً. ومع ذلك فما تزال النظرة السائدة في هذا التفكير هي وجوب حماية حقوق الملكية باعتبارها شرطاً لتحقيق كل من الحرية الفردية والمصلحة الاجتماعية. والإحساس العام أن الحفاظ على حق الفرد في التملك هو الحافز الفطري الذي يدفعه للعمل لمصلحة المجتمع.

279 ـ الحكم الشرعي للغصب: على الرغم من إدراك أهمية الحوافز المعنوية في توجيه الإنسان للعمل لمصلحة مجتمعه فإن الشريعة قد عملت على حماية حقوق الملكية والحيازة بتحديد أسبابهما وفرض العقوبة على التعرض لصاحب الحق فيهما وإيجاب الضمان على الضرر المتعلق بهما. وفي هذا الإطار وردت النصوص الشرعية بتحريم التعدي على أموال الغير.

من ذلك قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾ (البقرة: 188) وقوله عز وجل: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾ (النساء: 29). وقد استدل المفسرون والعلماء بهاتين الآيتين على تحريم الغصب، ومعناهما لا يأكل بعضكم أموال بعض بالغصب والظلم وسائر الوجوه التي لا تحل كالربا والقمار والاحتكار والغش والتدليس وغير ذلك)[53].

ومما يدل على تحريمه في السنة قوله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه». وقد روى أنس قوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه».

وفي هذا الباب ورد كذلك قوله ﷺ: «من اقتطع شبراً من الأرض بغير حق طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين»، ومعنى طوقه أن يكلف بجعله كالطوق في عنقه جزاء له على ما فعل ولا يستطيع ذلك فيعذب به. ويقضي المبدأ الذي أرساه النبي ﷺ في خطبة الوداع بحرمة دم المسلم وماله وعرضه[54]. أما ما يوجبه الغصب فقد أجمله الحديث الجامع المشهور بين جميع الطوائف الإسلامية والذي رواه العامة والخاصة[55]، وهو قوله ﷺ على

(53) انظر تفسير المنار لمحمد رشيد رضا: 40/5، والكشاف للزمخشري: 1/ 233، وتفسير الطبري: 133/2، والبحر المحيط: 55/2.

(54) راجع هذه الأحاديث وتخريجها في نيل الأوطار: 62/6، وسبل السلام: 73/3، والدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: 201/1.

(55) القواعد الفقهية للبجنوري: 47/4.

اليد ما أخذت حتى تؤديه. وفي رأي البجنوري أن البحث عن سند هذا الحديث وأنه صحيح أو ضعيف لا وجه له، (لأنه بعد هذا الاشتهار بين الفقهاء وقبولهم له والعمل به فيكون موثوق الصدور الذي هو موضوع الحجية، بل لا يبعد أن يكون من مقطوع الصدور)[56]. ومعناه أن حيازة مال الغير والاستيلاء عليه بغير إذن من له الحق في الإذن بحيازته سبب لإيجاب الضمان من جهة خطاب الوضع، ويترتب عليه من جهة التكليف وجوب رد المحوز إلى صاحب الحق في حيازته.

ولا خلاف بين الفقهاء على الحكم بحرمة الغصب وإيجابه الضمان برد عين المغصوب أو مثله أو قيمته. وإجماع الفقهاء كذلك على أن الغصب سبب للإثم والعقوبة في الآخرة إذا صدر من مكلف تعمد فعله، ويرجى ألا يكون آثماً إذا فعله على سبيل الخطأ، لأن الخطأ موضوع عن الأمة، كما أنه لا يعاقب به عند عدم التعمد في الدنيا، لانتفاء الركن المعنوي للجريمة وهو النية. أما إيجاب الضمان بالغصب فلا فرق بين المخطىء والعامد والعاقل والمجنون والصغير والكبير لأن وجوب الضمان من الأحكام الوضعية التي لا يشترط فيها ما يشترط في الأحكام التكليفية من الأهلية للخطاب.

وبهذا فإن للغصب حكمين:

الأول وضعي: وهو إيجاب الضمان الذي يترتب على الفعل مطلقاً باعتباره عدواناً على حق من حقوق العباد.

والثاني تكليفي: هو الحرمة وإيجاب الإثم والعقوبة بالنظر إلى ما فيه من عدوان على حقوق الله تعالى، لذا يشترط للعقوبة به التكليف والنية، ولا يعاقب به المجنون والصغير، لعدم أهليتهما للخطاب الجنائي. وللحاكم معاقبة البالغ به وإن عفا المغصوب منه رعاية لحق الله تعالى. أما جواز معاقبة الصغير المميز به فإنه ليس على سبيل المجازاة بل على سبيل التأديب. وهذا هو معنى قول الدردير (وأدب غاصب مميز صغيراً وكبيراً، بخلاف غيره كمجنون وصبي لم يميز لحق الله تعالى، ولو عفا عنه المغصوب منه باجتهاد الحاكم. وإنما أدب الصبي لأنه لدفع الفساد وإصلاح حاله)[57]. ويدل ذلك على أن غصب مال الغير عدوان على حقوق العباد وحقوق الله تعالى عز وجل، وأن وجوب الضمان في مقابلة العدوان على حقوق العبد، جبراً للضرر، وأن وجوب العقوبة التعزيرية إذا اجتمعت شروطها في مقابلة حقوق الله عز وجل لزجر المعتدي وردعه هو وغيره عن ارتكاب مثل ذلك.

---

(56) السابق: 48/4.

(57) الشرح الكبير بهامش الدسوقي: 442/3.

والذي قصدت إليه الشريعة من ترتيب هذه الأحكام على الغصب هو حماية حقوق الملكية التي تعد الحيازة دليلاً عليها ومظهراً من مظاهرها وسبيلاً للانتفاع بها. وفي ذلك يقول محمد حسين آل كاشف الغطاء: إن اليد هي أمارة على الملكية شرعاً وعرفاً، فهي عبارة عن السلطنة والاستيلاء على العين الخارجية. وتعرف هذه السلطنة والاستيلاء بآثارها. وهي تختلف باختلاف الأعيان والأجناس والزمان والمكان والأوضاع، فاليد على الدراهم أي السلطنة والاستيلاء عليها يحصل بوضعها في جيبه أو محفظته أو ما شاكل ذلك، واليد على الدابة بركوبه عليها ووضعها في اصطبله واليد على الدار سكناه فيها وإيجارها واليد على الأرض بالزرع فيها)[58].

280 ـ الغصب والإتلاف والإيذاء: ترتد الأفعال الموجبة للضمان إلى واحد من الأسباب التالية:

(أ) التعدي على حق الحيازة بإثبات اليد دون حق، وذلك هو الغصب الذي يتقيد بالأموال والحقوق المالية دون غيرها. ولا يختلف الفقهاء لذلك في أن الحر ليس محلاً للغصب، لأنه ليس بمال[59] . ومن جهة أخرى فإن الغصب لا يشترط فيه عند أحد من الفقهاء التعدي على حق الملك، فإن ملك المغصوب منه لا ينتقل إلى الغاصب بمجرد الغصب اتفاقاً، ما دام المغصوب في يده على حالته التي كان عليها عند غصبه. وإنما يكفي لتحقق الغصب مجرد نقص حق الحيازة أو اعتراض هذا الحق. ويبدو أن السؤال عن طبيعة الحق المعتدى عليه في الغصب، وما إذا كان هو حق الملكية أو الحيازة، قد ثار لدى الفقهاء. ويدل مذهب الأحناف في عدم تحقق الغصب في العقار، من جهة أنه لا يمثل تهديداً لملكية المغصوب منه، على أنهم كانوا يشترطون في الغصب تهديد الملكية أو أنهم كانوا لا يفرقون بين الحيازة والملكية في العقار، بمعنى أن الحيازة تابعة للملك في العقار بحيث لا تنتقص إلا بانتقاصه.

(ب) يقابل الإتلاف الغصب في التعدي على الأموال، ويمثلان معاً فيما لا يختلف فيه الفقه الإسلامي عن غيره أهم الأسباب الموجبة لضمان الأموال والحقوق المتعلقة بها. وإنما يختلفان في أن التعدي بالإتلاف يشمل المال والإنسان على حين يختص الغصب بالأموال وحدها. ومن جهة أخرى فإن الغصب ينشىء الحق في استرداد المغصوب نفسه إذا كان باقياً ويمكن استرداده دون خطر يترتب على رده. أما في بعض صور الإتلاف فإن هذا الحق لا ينشأ. وبدهي أن انتفاء أحد هذين الضمانين، ضمان الغصب وضمان الإتلاف، لا

---

(58) تحرير المجلة: 150/4.

(59) المبسوط للسرخسي: 20/27، والأشباه والنظائر لابن نجيم: 131 ، وبدائع الصنائع للكاساني: 141/5، والإنصاف للمرداوي: 127/6.

يترتب عليه سقوط الآخر؛ فالأحناف الذين لا يقولون بجريان الغصب في العقار يوجبون الضمان بإتلافه وتعييبه أو إنقاصه. وكذلك فإن أخذ الصغير لا يوجب ضمانه ضمان غصب، لأن يد الغاصب لا تثبت عليه من جهة أنه ليس بمال. لكنه يضمنه لو تسبب بأخذه في إتلافه، كأن مرض فلم يطببه، أو تركه دون رعاية فضاع، أو نقله إلى أرض تكثر فيها الصواعق والسباع والحيات، أو أركبه دابة وهو لا يمكنه إمساك نفسه. وإنما يضمن في كل ذلك ضمان إتلاف لتعديه بتفويت يد الولي الذي يقوم على حفظه ويمكنه أن يتحرز عن هذه الأخطار. وقد أخذ الشافعية وزفر بعدم الضمان في بعض هذه المسائل، وكأنهم رأوا أن نفي أحد هذين الضمانين يوجب نفي الآخر. ولا يتفق ذلك مع قواعدهم العامة في الضمان. والاتفاق على أنه إذا مات الصبي بصاعقة أو بمرض أو فجأة دون تقصير آخذة في الحفظ والرعاية والتطبيب أنه لا يجب الضمان، لأن الموت بذلك أمر يدرك المرء في أي مكان، فلم ينسب إلى فعله وهو الأخذ.

والإتلاف هو إخراج الشيء عن صورته أو معناه ومنفعته على نحو جزئي أو كلي، كذبح الحيوان، وكسره وجرحه وتعييب السيارة والتسبب في جفاف البئر، وغير ذلك مما سيأتي توضيحه في حينه. وفي التعدي على الأموال يختلف الغصب والإتلاف في ورود الأول على الحيازة وتأثير الآخر في الملكية، لأن الإتلاف أو التعييب البالغ مبلغ الإتلاف قد يبطل تعلق الملكية بمثل هذا المال.

(جـ) الإيذاء أو الإزعاج: يرجع الضمان إلى الإيذاء أو الإزعاج في أحوال كثيرة لا يرجع التعدي فيها إلى معارضة حقوق الحيازة أو الملكية، وإنما يرجع إلى معارضة حقوق الانتفاع بالمال المنفعة المقصودة. من ذلك إقامة حائط في الملك يسد على الجار الضوء والريح ويجعل انتفاعه بملكه أمراً متعذراً. ومن ذلك أيضاً اتخاذ بيدر يؤدي الدياس والتذرية فيه إلى إثارة الغبار والأتربة على الجيران. ومن جنسه زراعة أشجار تذهب أغصانها وجذورها في ملك الجار على نحو يفسد عليه انتفاعه بهذا الملك. ويناقش الفقهاء أحكام هذه المسائل في الأبواب التي عقدوها لبيان أحكام الأبنية والحوائط والجيران، مما يأتي بيانه عند بحث أحكام التعسف في استعمال الحقوق. ويختلف التعدي في الإيذاء والإزعاج عن كل من الغصب والإتلاف، من حيث إنه لا يبطل أياً من حقوق الحيازة أو الملكية.

281 ـ المغصوب: يشمل المغصوب أياً من الأموال أو الحقوق المالية التالية:

(أ) الأموال المنقولة بلا خلاف بين الفقهاء في ورود الغصب عليها، طبقاً لما سلفت الإشارة إليه في مبحث الضرر. ويلتحق الخلاف بين الأحناف والشافعية في ضمان خمر الذمي وخنزيره باختلافهم في اعتبار ماليتها وتوجه الخطاب الشرعي إليه. ويلخص

الكاساني هذا الخلاف بقوله: (إذا غصب خمر المسلم أو خنزيراً له. . لا يضمن، سواء كان الغاصب مسلماً أو ذمياً، لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم، وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب. ولو غصب خمراً أو خنزيراً لذمي فهلك في يده يضمن سواء كان الغاصب ذمياً أو مسلماً. غير أن الغاصب سواء كان ذمياً فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته، وإن كان مسلماً فعليه القيمة فيهما جميعاً. وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائناً من كان)[60]. وإنما تصدق حكاية مذهب الشافعي على هذا الوجه إذا تلفت الخمر والخنزير في يد الغاصب، لكن لو بقيا في يده فإنه يؤمر بردهما إلى الذمي إذا لم يكن قد أظهرهما في مكان عام بنحو بيع أو شرب أو هبة، تحقيقاً للأمر الوارد في الحديث بتركهم وما يدينون. أما إن أظهر الخمر بشيء من ذلك فإنها تراق عليه لتعديه على قيم المجتمع المسلم[61].

ولا يشترط للضمان تقوم المغصوب حال غصبه؛ فإنه يضمن إذا طرأ عليه التقوم بعد الغصب. فلو غصب خمر مسلم فخللها فلصاحبها أن يأخذها من غير شيء، لأن (الملك كان ثابتاً له في الخمر، وإذا صار خلاً حدث الخل على ملكه). ولكن لو حدث التقوم بإضافة عين من الأعيان المتقومة فإن الغاصب يستحق قيمة ما أضافه إذا أراد المالك أخذه؛ فلو غصب جلد ميتة ودبغه بشيء متقوم فإن لمالكه أن يأخذه منه، (ويغرم له ما زاد الدبّاغ فيه، لأنه ملك صاحبه، وللغاصب فيه عين مال متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين. . وليس له أن يضمنه قيمة الجلد، لأنه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب)[62]. أما لو طرأ عدم التقوم على المتقوم فإن الغاصب يضمنه، لأنه أتلف مالاً متقوماً، فلو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن عصيراً مثله، لأنه هلك في يده بهذا التحول، والعصير من ذوات الأمثال فيضمن بالمثل.

(ب) العقار في مذهب الجمهور وفي رأي محمد بن الحسن الشيباني خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف فيما سلفت الإشارة إليه عند بحث أنواع الأضرار المالية.

(جـ) منافع الأموال بالتفصيل السابق في مبحث الضرر.

(د) زوائد المغصوب ونقصانه حسبما سبقت الإشارة إليه.

(هـ) منافع الحر، وقد سبقت الإشارة إليه أيضاً.

(و) منفعة الأثمان على النحو السابق بيانه.

---

(60) البدائع: 147/7، وانظر المبسوط للسرخسي: 102/11، وحاشية ابن عابدين: 147/5، والتوضيح: 784/2.

(61) حاشية الجمل: 481/3، والمهذب: 374/1.

(62) البدائع: 163/7، وحاشية ابن عابدين: 148/5، وحاشية الجمل: 490/3.

وقد سبق ترجيح رأي الجمهور في ضمان هذه الأضرار جميعها.

282 ـ الغاصب ذو الشبهة: لا فرق بين الغاصب ذي الشبهة وبين من لا شبهة له في حيازة مال غيره من حيث وجوب ضمان أعيان الأموال المغصوبة أو زوائدها المتولدة عنها. والغاصب ذو الشبهة في الاصطلاح الفقهي هو الحائز لمال غيره دون رضا هذا الغير أو إذنه، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير. من ذلك أن يشتري شيئاً أو يرثه أو يوهب له وهو يجهل أن هذا الشيء ملك لغير المورث والبائع والواهب. ويقابل ذو الشبهة مصطلح (الحائز حسن النية) في التفكير القانوني. وقد نصت المادة 965 من القانون المدني المصري على تعريف هذا الحائز، ولفظها: (1 ـ يعد حسن النية من يجوز الحق، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم. 2 ـ فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله. 3 ـ وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس). وتنص المادة 966 على أنه: (1 ـ لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً بأن حيازته اعتداء على حق الغير. 2 ـ ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى. ويعد سيىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره).

ويفترق الحائز الحسن النية عن السيىء النية في القانون المدني المصري، حسبما أوضحته المادتان 983، 984، في أن للحائز الحسن النية أن يستعمل المحوز دون ضمان لما انتفع به، ولا يكون مسئولاً قبل المالك (عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع)، وكذلك لو نقصت قيمة الشيء المحوز بهذا الانتفاع فإنه لا يضمن هذا النقص، ولو هلك بغير خطأ الحائز، كأن هلك بآفة سماوية، فلا يكون مسئولاً عنه (ما دام أنه كان يستغله وفقاً لما يحسب أنه حق له. ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض. ويتصل بهذا الحكم حكم من تسلم شيئاً وهو حسن النية، وتصرف فيه بعوض، فيجب أن يرد ما قبضه من عوض)[63]. أما الحائز السيىء النية فإنه يكون مسئولاً عن منفعة المغصوب وعما طرأ عليه من نقص باستعماله والانتفاع به وعن زوائده، كما لو جنى ثماره فإنه يلتزم بردها للمالك، وهو مسئول عن هلاك الشيء وتلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي، فيرد المالك قيمة الشيء وقت الهلاك، أو يرد الشيء نفسه إذا تعيب مع التعويض عن نقص قيمته إذا كان التلف جزئياً[64].

283 ـ ومسئولية ذي الشبهة في الاصطلاح المالكي أو الحائز لمال غيره بتأويل مال أو

(63) الوسيط للسنهوري: 979/9.

(64) السابق: 981/9 وما بعدها.

عقد في الاصطلاح الحنفي[65] أيسر من مسئولية الغاصب العالم بغصبه. ويتضح ذلك في أن المالكية يرون عدم الجمع بين ضمان الرقبة والمنفعة على الحائز ذي الشبهة؛ فقد نصوا على أن الغاصب للرقبة إذا تصرف فيها بهبة أو بيع ولم يعلم الموهوب له ولا المشتري بواقعة الغصب فإن المغصوب منه عندهم أن يرجع على الموهوب له بغلة المغصوب ومنفعته، ويسترد العين إذا كانت قائمة. أما إذا تلفت فليس للمغصوب منه إلا أخذ قيمة المنفعة وحدها أو الرقبة وحدها، (إذ لا يجمع بين القيمة والغلة)[66]. وكذا لو انتقلت العين من الغاصب بوفاته إلى وارثه فإن الوارث الجاهل بالغصب يدفع قيمة الغلة أو المنفعة المستفادة إذا كانت العين قائمة. أما إذا كانت تالفة فإن الوارث إما أن يؤدي قيمة العين أو المنفعة، ولا يطالب المغصوب منه بهما معاً، لأنه لا يجمع بين القيمة والغلة[67] في أحوال الجهل بالغصب. أما إذا كان الوارث والموهوب له والمشتري عالمين بالغصب فإنهم يعتبرون غصاباً، ويعاملون معاملتهم من حيث وجوب أداء كل من القيمة والغلة[68].

ويقيد المالكية تطبيق قاعدة عدم اجتماع ضمان القيمة والغلة على ذي الشبهة بألا يكون المورث مديناً. وتفريعاً على ذلك فإن الوارث إذا استغل الموروث (ثم طرأ عليه صاحب دين فإن الوارث لا غلة له، ويضمنها لصاحب الدين الطارىء، ولا غلة للوارث المطروء عليه.. سواء علم أم لا. وظاهره أنه لا غلة للوارث المطروح عليه الغريم، ولو ناشئة عن تَجرَ الوارث أو الوصي، وهو كذلك. فإذا مات شخص وترك ثلاثمائة دينار مثلاً وترك أيتاماً فأخذ شخص الوصية عليهم واتجر بالقدر المذكور حتى صار ستمائة مثلاً، فطرأ على الميت دين قدر الستمائة أو أكثر فإنه يستحق جميع ذلك)[69].

ويتفرع على الأصول السابقة أحكام المالكية في الفرعين التاليين:

(أ) (من زرع أرضاً بوجه شبهة أو اكتراها بوجه شبهة، بأن كان وارثاً أو كان اشتراها من الغاصب ولم يعلم بالغصب وما أشبه ذلك ثم يستحقها شخص آخر قبل فوات إبان ما تراد تلك الأرض لزراعته فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة. وليس له قلع الزرع، لأن الزارع زرع فيها بوجه شبهة. وأما إن فات الإبان فليس للمستحق على الزارع شيء من كراء تلك السنة، لأنه قد استوفى منفعتها. والغلة لذي الشبهة والمجهول الحكم)[70].

(65) المادة: 597، 598 من العدلية.

(66) الخرشي: 147/6.

(67) الخرشي: 147/6، 146.

(68) السابق: 146/6.

(69) الخرشي: 154/6، وحاشية الدسوقي: 463/3.

(70) الخرشي: 152/6.

(ب) (الغلة لذي الشبهة والمجهول الحكم يعني أن من اشترى شيئاً أو استأجره أو وهب له ولم يعلم أن بائعه أو مؤجره أو واهبه غاصب فاغتله ثم استحقه شخص فإن الغلة لذي الشبهة إلى يوم الحكم به لذلك المستحق. وكذلك من جهل حاله، أي لا يعلم هل هو غاصب أو غير غاصب وهل واهبه غاصب بأو غير غاصب إذا استغل شيئاً ثم استحق فإن الغلة له إلى يوم الحكم للمستحق)[71].

284 ـ أما الأحناف فإن مذهبهم يمنع من ضمان المنافع، لقاعدتي الخراج بالضمان، والأجر والضمان لا يجتمعان. لكن المتأخرين أوجبوا ضمان المنافع في الاستثناءات الثلاثة المشهورة وهي: 1 ـ كون المغصوب وقفاً. 2 ـ أو مال يتيم 3 ـ أو معدًا للاستغلال. ويفرق الأحناف بين مسئولية الغاصب ذي الشبهة وغيره في حكمهم باشتراط انتفاء الشبهة في الانتفاع بالأعيان المعدة للاستغلال لضمان منافعها. وقد نصت على ذلك المادة 597 من العدلية، حيث جاء فيها: (لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معدًا للاستغلال. مثلاً: لو تصرف أحد الشركاء بالاستقلال في المال المشترك بدون إذن شريكه فليس للشريك الآخر أن يطالبه بأجره حصته، لأنه استعمله على أنه ملكه). وقد نصت المادة 598 من العدلية على الحكم في غصب منافع الأموال المعدة للاستغلال بتأويل عقد. ولفظها: (لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد، وإن كان معدًا للاستغلال. مثلاً لو باع واحد من آخر حانوتاً يملكه بالاشتراك مع غيره، وذلك بدون إذن شريكه، وتصرف فيه المشتري مدة ثم لم يجز البيعَ الشريكُ الآخر واسترد حصته من المبيع فليس له أن يطالب بأجرة حصته، وإن كان الحانوت معدًا للاستغلال، لأن المشتري استعمله بتأويل عقد، بمعنى أنه تصرف فيه بحكم عقد البيع فلا يلزمه من ثم ضمان المنفعة. كذلك لو باع واحد من آخر رحى على أنها ملكه وسلمها ثم بعد تصرف المشتري ظهر لها مستحق فأخذها منه بعد الإثبات والحكم فليس له أن يأخذ من المشتري أجرة الرحى لتصرفه فيها المدة المذكورة، لأن في هذا أيضاً تأويل عقد).

أما منفعة الوقف وأموال اليتيم فإنها مضمونه عند متأخري الأحناف ضماناً مطلقاً، سواء استفيدت بوجه شبهة أو بدونها؛ فلو سكن شخص داراً موقوفة أو ليتيم دون إذن وليه وجبت أجرة المثل، ولا يدفع الوجوبَ ادعاءُ هذا الشخص أن الدار مملوكة له.

285 ـ وكذلك فإن مسئولية ذي الشبهة أيسر من غيره في المذهبين الشافعي والحنبلي. ويتضح ذلك في حكمهم بحق ذي الشبهة في الرجوع بما غرمه على من غرّه. وهو إنما يغرم لا باعتباره ضامناً بل باعتباره طريقاً للضمان. وبهذا فإن الضمان في هذين المذهبين لا يستقر على الحائز الحسن النية إلا إن استفاد بتلف المحوز أو كانت حيازته له

(71) الخرشي: 154/6.

على وجه الضمان. إذ يذكر بعض الشافعية فيما لو غصب عيناً وباعها وقبضها المشتري وتلفت عنده أن للمغصوب منه الخيار في تضمين المشتري أو الغاصب. لكن لو اختار تضمين المشتري وضمنه العين وبدل النقصان لم يرجع بما ضمنه في مقابل العين لأنه التزم ضمانها بالعقد وتهلك على حسابه، ويرجع ببدل النقصان إن شاء لأنه غرمه بتغرير الغاصب فكان له أن يرجع عليه[72]. ومن جنسه ما لو غـصب من رجل طعاماً فأطعمه رجلاً فللمالك أن يضمِّن الغاصب لأنه غصبه، وله أن يضمِّن الآكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله. فإن ضمن الآكل نظرت، فإن عَلِم أنه مغصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن، لأنه غاصب استهلك الـمغصوب فلم يرجع بما ضمنه. فإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب ففيه قولان:

أحدهما: (يرجع لأنه غَرَّهُ وأطعمه على ألا يضمنه).

والثاني: (لا يرجع لأنه حصل له منفعة)[73].

ويختلف الشافعية والحنابلة مع ما أخذ به القانون المصري في الحكم بنفي ضمان المنفعة إذا كان الحائز حسن النية؛ فإنهم يحكمون بوجوب الضمان إذا وجد سببه، ويستقر ضمان الأعيان والمنافع على من تسبب فيه أو على الذي يجب عليه تحمله، فإن (المستأجر من الغاصب جاهلاً أنه مغصوب، إذا تلفت العين في يده بلا تفريط فغرم يرجع عليه بقيمة المغصوب لا بقيمة المنفعة. لكن لو كان عالماً بالغصب أو تلفت بتفريطه لم يرجع بشيء. أما إذا ضمن الغاصب رجع بقيمة المنفعة فقط ويسترد المستأجر العوض المدفوع)[74].

والخلاصة أن الغاصب ذا الشبهة الذي يحوز مال غيره جاهلاً يظن أنه يحوز ما هو من حقه أخف من غيره مسئولية في الوجوه التالية:

ـ عدم استقرار الضمان عليه بشرط عدم انتفاعه بتلف المال المغصوب أو استهلاكه، وبشرط ألا يكون قد وقع عليه الضمان بسبب آخر غير التعدي في الحيازة.

ـ عدم ضمان المنفعة عند متأخري الأحناف في المال المعد للاستغلال في الحيازة بتأويل ملك أو عقد وعند المالكية في المال المعد للاستغلال أو غيره.

---

(72) المجموع شرح المهذب للنووي: 269/41.

(73) السابق: 270/14.

(74) السابق.

المبحث الثاني: مفهوم الغصب في القانون الانجليزي

286 ـ تقديم: يحتل التعدي على الأموال، بالغصب أو الاتلاف، مكاناً هاماً في نظام الأخطاء المدنية في القانون الإنجليزي. ويشمل التعدي على العقارات والمنقولات Torts to land and goods الصور التالية:

1 ـ التعدي المباشر Trespass على العقارات وعلى حق الحيازة Possession في المنقولات Chattels(75)؛ فمجرد الدخول إلى أرض الغير أو حيازتها والتصرف فيها مما يدخل تحت هذا النوع من التعدي. ومنه في المنقولات أن يخرج أحد دواب غيره من مكانها أو يطلق سراحها بغير حق. ومن جنسه ما حدث في قضية Foulds v. Willoughby (1841 م) حيث أخذ المدعى جواديه إلى ظهر سفينة المدعى عليه لنقلهما. لكن المدعي عليه رأى ألا ينقلهما، وطلب إنزالهما من السفينة واقتيادهما إلى الشاطىء، ولما رفض المدعي تنفيذ هذا الطلب قام المدعى عليه بإخراجهما إلى الشاطىء بنفسه فاعتبرت المحكمة فعله هذا من قبيل التعدي المباشر Trespass على منقولات الغير(76).

2 ـ التصرف العمدي في الأموال المنقولة للغير على نحو يؤدي إلى الإضرار بهذا الغير. ويطلق على هذا النوع من التعدي اصطلاح Conversion أو Trover. من ذلك أن يقوم الناقل بتسليم المنقول إلى المرسل إليه Consignee بعد أمر المرسِل بوقف هذا التسليم. ومنه كذلك أن يقوم شخص بتغيير خصائص مال غيره كاتخاذ العصير من العنب وصياغة الذهب حلياً. وإذا كان من حق الشريك أن يحوز المال المشترك كله فإنه يصير متعدياً هذا النوع من التعدي Conversion لو تصرف في المال تصرفاً ضاراً بحقوق سائر الشركاء، كأن يبيعه أو يستهلكه(77). ويدخل فيه كذلك التصرف الضار بالغير في منقوله على نحو يخالف إذنه. ففي قضية Moorgate Mercantile Co. Ltd v. Finch and Read (1962 م) أعطت الشركة سيارة في عقد شراء إيجاري Hire Purchase Contract (78) إلى أحد المدعى عليهما، فأعارها للآخر الذي نقل فيها سلعاً لم توفَّ رسومها الجمركية فصادرتها سلطات الموانىء. وقد اختفى Finch فألقت المحكمة عبء تعويض الشركة المتضررة على عاتق Read الذي استعار السيارة، بناء على أنه كان من واجبه أن يدرك وجود احتمال المصادرة للسيارة باستعمالها هذا النوع من الاستعمال.

---

(75) Dias p. 142.

(76) السابق: 212.

(77) السابق: 213.

(78) هذا هو بيع الاستغلال في اصطلاح مجلة الأحكام العدلية، مادة: 106.

وبهذا فإن أخذ أموال الغير عمداً للانتفاع بها أو لاستهلاكها وإتلافها أو لبيعها لمصلحة الآخذ نفسه أو لمصلحة غيره مما يدخل في مفهوم Conversion . وقد ورد تعريفه لذلك بأنه: التصرف المتعمد في منقولات الغير على وجه يؤدي إلى الإخلال بحقوق هذا الغير في حيازتها(79) . ويعد منه لذلك مجرد حبس مال الغير Detention ورفض تسليمه إليه، كما في قضية Howard E. Perry and Co. Ltd. V. Britich Railway Board التي صدر الحكم فيها عام 1980 م حيث رفض المدّعى عليه تسليم حديد المدعي إلى عماله أثناء إضراب عمال الحديد، خشية قيام بعض العمال بتدمير هذا الحديد إذا انتقل من المخازن المأمونة، تعبيراً عن تضامنهم مع العمال المضربين. ورغم ذلك اعتبر ممثل الشركة مسئولاً دون التفات إلى الباعث على إبقائه الحديد في المخازن ورفضه تسليمه إلى ممثلي المدعي وعماله(80). وكذلك لا يشترط قصد المعتدي إلى ملكية الشيء المأخوذ، فلو أخذ مالاً للغير، لا ليتصرف فيه تصرف الملاك وإنما لقصد إنشاء امتياز Lien لنفسه على هذا المال لضمان الوفاء بحقه كان متعدياً، وإن دخل هذا النوع من التعدي تحت عنوان التعدي المباشر Trespass .

والفرق بين التعدي المباشر Trespass وبين Conversion أن التصرف في الأول موجه إلى الحق في الحيازة Possession وأن الآخر موجه إلى المال نفسه وإن استلزم التعدي على الحيازة كذلك.

3 ـ حبس المال Detention ومنعه من صاحبه بتصرف فيه. وقد ألغاه قانون 1977 وأدرج التعديات بحبس المال ضمن التعدي بالاستيلاء Conversion .

4 ـ الإهمال الضار بالغير. ومن الواضح أن الغصب في الفقه الإسلامي يقابل كلاً من التعدي المباشر Trespass والتعدي بإثبات اليد على مال الغير Conversion . وتوضيح الفرق بينهما بالتعبير الفقهي أن الأول ـ فيما يبدو لي ـ يتضمن نفي اليد المحقة، أما العدوان الآخر فيتضمن كلاً من النفي لليد المحقة والإثبات لليد المعتدية.

287 ـ الواجب بالغصب، ورد المغصوب إذا كانت مسئولية الغاصب في الفقه الإسلامي مطلقة، بمعنى أنها تنشأ بمجرد الاستيلاء على مال الغير بغير حق فإن القانون الانجليزي يعتبر الأخذ لمال الغير سبباً كافياً لإنشاء الضمان. ولذا لا يعد الجهل أو الخطأ في الأخذ عذراً بنفي الضمان أو المسئولية؛ ففي قضية Hollins v. Fowler التي صدر الحكم فيها عام 1875 م استولى أحد الناس بطريق الخداع والغرور على قطن المدعي، وأعطاه للمدعى عليه الذي

---

(79) Remedies of English Law P. 124.

(80) Dias P. 212.

يعمل سمساراً كي يبيعه له. ولأن السمسار لا علم له بواقعة الغرور والخداع فقد أعطى الثمن إلى الشخص الذي سلمه القطن. ورغم حسن نيته وأنه لا يعد مخطئاً من الناحية الخلقية فإن تصرفه في مال غيره بغير إذنه كان هو الأساس الذي استندت إليه المحكمة في الحكم بمسئولية هذا السمسار وبإلزامه بالضمان. ولا يشترط في هذين النوعين من التعدي حدوث الاستيلاء بالفعل على أموال المدعي، وإنما يكفي التسبب في استيلاء الغير على هذه الأموال؛ ففي قضية Hiort v. Bott التي حكم فيها عام 1874 م قام المدعون بشحن كمية من الشعير إلى المدعى عليه بناء على برقية وكيلهم وأرسلوا إلى المدعى عليه إذن التسليم، فوقع على ظهر هذا الإذن بما يفيد تحويله إلى وكيل المدعين الذي أخذ الشعير واختفى. فحكمت المحكمة بالضمان على المدعى عليه لتصرفه في مال غيره تصرفاً غير مأذون فيه نشأ عنه ضياع مال الغير.

288 ـ ويوجب هذان النوعان من التعدي ما يوجبه الغصب في الفقه الإسلامي. إذ ينشىء الاستيلاء على مال الغير Conversion حق المتضرر في استرداد عين ماله من المعتدي برفع دعوى يطلب فيها رد ماله إليه أو بالظفر بها بنفسه Self help شريطة عدم اللجوء إلى أي نوع من العنف. وعلى الرغم من الرغبة التي يبديها مالك المغصوب في استرداد عين ماله في أكثر الأحوال فإن قانون ضمان التعدي على المنقولات Torts (Interference with Goods) Act الصادر عام 1977 م قد نص في الفقرتين الثانية والثالثة من مادته الثالثة على حق المدعى عليه في رفض دعوى الاسترداد وتعويض المدعي عن العين المغصوبة بإعطائه قيمتها السوقية. وعموماً فقد ترك القانون أمر الاستجابة لرغبة المدعي في استرداد المال المغصوب Restitution of the Property إلى سلطة المحكمة التقديرية. وفي هذا يختلف الفقه والقانون الانجليزي اختلافاً واضحاً من حيث المبدأ؛ فالإصرار في الفقه على حق المغصوب منه في استرداد عين ماله إذا كانت قائمة في يد الغاصب، لاستمرار المغصوب على ملكية صاحبه فوجب دفعه إليه. أما إعطاء الغاصب الحق في دفع قيمة المغصوب لصاحبه فيرقى فيما يلاحظ بوضوح إلى الاعتراف بحق المتعدي في إجبار الغير على بيع ماله في الوقت الذي يريده هذا المتعدي، وهو ما ينبغي ألا يقره أي نظام قانوني. ولذا فإن النظرة الفقهية أدنى إلى العدل وأوفق للمصالح.

ويوجب القانون الانجليزي ضمان منافع الأموال المنقولة مدة الاستيلاء عليها.

289 ـ أما في العدوان على العقارات فيوجب القانون الانجليزي لصاحب الأرض الحق في رفع دعوى استرداد أو إخلائها Action of Ejectment، مخالفاً بذلك مسلكه في دعوى استرداد المنقولات المتروكة لتقدير المحكمة. ولا يحتاج المنطق القانوني في هذا العدول إلى توضيح. ورغم وضوح هذا المنطق فقد اضطر القانون الانجليزي في استجابته لحق

المدعي في استرداد أرضه إلى اللجوء لحيلة شهيرة ظلت المحاكم تعتمد عليها حتى القرن التاسع عشر. وخلاصة هذه الحيلة أنه لإقرار حق المدعي في أرضه كان يفترض أن المدعي قد أجر أرضه إلى شخصية متخيلة تأخذ دائماً اسم John Doe وأن شخصاً آخر باسم Richard Roe قد طرد المستأجر من الأرض. وعندئذ ينسحب Richard Roe طالباً من المدعى عليه الحقيقي أن يتقدم لإثبات حقه في الأرض التي يحوزها. ويجب عليه إخلاء هذه الأرض المتنازع عليها إذا ثبت أن حق المدعي فيها أقوى من حقه. ولم تتوقف هذه المسرحية المفترضة إلا في عهد قريب، وإن أمكنت لأصحاب الأراضي المغصوبة استردادها.

وفضلاً عن ذلك يحق لصاحب الأرض المغصوبة التعويض عن المنفعة التي فاتت عليه مدة الاستيلاء على الأرض. والمصطلح الذي يعنون به لهذه المنافع هو Msene profits ومعناه المنافع التي فاتت على المدعي في الفترة الواقعة بين إخراجه من أرضه وبين عودتها إليه. وقد كان المتبع أن يلجأ المدعي إلى طلب استرداد أرضه أولاً، ثم يطالب بعد استردادها بحقه في التعويض عما فات من منافعها بغصبها. غير أن ذلك لم يعد هو الواجب، وأصبح من حق المدعي أن يطالب باسترداد حيازة أرضه والتعويض عن منفعتها الفائتة بالاستيلاء عليها في وقت واحد. ويتفق القانون بهذا في تطوره الأخير مع ما أخذ به جمهور الفقهاء في ضمان العقارات ومنافعها بالغصب.

290 ـ الظفر بالحق Self help في العقارات المغصوبة: يجيز القانون الانجليزي لحائز العقار العمل بنفسه على الظفر بحقه. ويبدو أن القانون لا يستحسن هذا النوع من العلاج، لما فيه من افتيات على السلطة القضائية الطبيعية. ولذا فإنه يقيد استعمال هذا الحق بعدة شروط، أولها: ألا يتجاوز صاحب الحق في استعمال القوة المسموح بها لإخراج الداخل للعقار أو الشخص الذي يحاول ذلك. والثاني أن يتقدم بالإعذار قبل اتخاذ أي مسلك عنيف معه. وهذا ما تدل عليه قضية Collins v. Renison التي صدر الحكم فيها عام 1754. وفي هذه القضية وجد المدعى عليه المدعي في أرضه واقفاً على سلم صغير، فهز السلم برفق، وأوقع السلم على الأرض ببطء، مما أدى إلى وقوع المدعي على الأرض برفق أيضاً. ولكن اعتبر المدعى عليه متعدياً، بناء على أنه لم يتقدم للمدعي بوجوب إخلائه أرضه قبل اللجوء إلى هذا المسلك. والشرط الثالث: أن يكون الحائز للأرض ذا حق ثابت قانوناً في حيازته. وإلا فلا حق له في طرد أحد منها. يوضحه الحكم الصادر في قضية Holmes v. Bagge الصادر عام 1973، حيث قام اللاعبون بطرد زميل لهم وأخرجوه من أرض الملعب بشيء من القوة بعد رفضه الامتثال لأوامر المدرب والخروج بنفسه. لكن قررت المحكمة أن ذلك لم يكن من حقهم، بناء على كونهم غير حائزين لهذا الملعب[81].

(81) Dias P. 221.

ومن الصور المعترف بها في الظفَر بالحق أنه يجوز لصاحب الأرض في القانون الانجليزي احتجاز السبب المنشىء للضرر Damage Feasant. من ذلك أن يجد حيوانات الغير ترعى في أرضه فإن له أن يحبسها عنده حتى يبدي صاحبها استعداده للتعويض عما تسببت فيه حيواناته من أضرار. غير أن القانون الصادر عام 1971 بشأن المسئولية عن الحيوانات Animals Act قد أبطل حق حائز الأرض في احتجاز الحيوانات الأليفة إذا كانت محوزة لأحد، وأبقى الحق في احتجاز غيرها من الحيوانات الضالة وغير الأليفة. وليس هذا فحسب بل أصبح من حق صاحب الأرض أن يبيع هذه الحيوانات الضالة وغير الأليفة التي اقتحمت أرضه إذا مضى أسبوعان دون أن يظهر مالكها[82].

291 ـ دفع المسئولية: تنتفي المسئولية في دعاوى الاستيلاء على أموال الغير بموافقة هذا الاستيلاء لإذن هذا الغير صراحة أو ضمناً. ولا ينفيه إثبات حق قوي لطرف ثالث غير المدعيين في المال، وهو ما يطلق عليه Jus tertii، ومعناه أن لغير المدعي حقاً في المال، لأن العبرة باستناد الاستيلاء إلى إذن من له الحق في الإذن، ولا ينفي الضمان لذلك إثباتُ حق المال لشخص آخر غير المدعي. ولا ينفي لذلك مسئولية المعتدي على المأجور تجاه المستأجر أن يثبت هذا المعتدي أن للمأجور مالكاً. وإنما عليه فوق ذلك أن يؤكد أنه في تصرفه هذا قد استند إلى إذن هذا المالك.

وينتفي الضمان كذلك بالاستيلاء على مال الغير إذا كان الفعل مأذوناً فيه قانوناً، وذلك كحق المرتهن في احتباس Distress العين المرهونة[83].

وينتفي الضمان في دخول أرض الغير Trespass إذا انعدم الاختيار في قصد الفعل؛ ففي قضية Smith v. Stone التي صدر الحكم فيها عام 1980 ألقت عصابة بالمدعى عليه في أرض يملكها المدعي فلم يعتبر وجوده في هذه الأرض تعدياً. أما إذا قصد الفعل ولم يقصد التعدي فإن الضمان لا ينتفي طبقاً للحكم الصادر في قضية Gilbert v. Stone التي صدر الحكم فيها عام 1647 م، وذلك حيث اقتحم المدعى عليه أرض المدعي تحت وطأة التهديد فحكمت المحكمة على المدعى عليه بالضمان لقصده الفعل[84]. ويذكّر هذا الحكم بقاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير) المعروفة في الفقه الإسلامي.

292 ـ وجوب القيمة: يوجب التعدي على المال بإتلافه بعد غصبه أو بإتلافه دون غصبه الوفاء بقيمته، طبقاً للمبدأ القاضي بأن المتضرر مستحق في الأقل لقيمة النقصان أو التلف. ومعيار تحديد القيم في المحاكم الانجليزية هو النظر إلى القيمة في السوق Market

(82) السابق ص 222, 473.

(83) السابق 214.

(84) السابق ص 218 وما بعدها.

Value إذا كان المال مما يعلن عن قيمته في السوق يومياً أو على فترات منتظمة كالأسهم والسندات والذهب وسائر ما يعلن عن سعره في البورصة، أو النظر إلى قيمة رد مثل المغصوب أو المال التالف إن لم يكن قيمته مما يعلن عنه في السوق على الوجه المشار إليه[85] . ويتفق ذلك مع معياري المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي.

وتتحدد القيمة الواجبة في عدد من الأحوال بالرجوع إلى ما يعرف بتكلفة الإصلاح The Cost of Repair. ويطبق ذلك في التلف الجزئي للسفن، تجنباً للصعوبات العملية المتعلقة بتحديد قيمة النقص أو الخسارة. وهو الواجب كذلك في احتساب قيمة التعويض في المباني، نظراً لأن الإصلاح يؤدي إلى زيادة قيمة المبنى، فيجب لذلك تقويم الواجب في إتلاف المباني بالرجوع إلى تكلفة ترميمها مع خصم الزيادة في قيمة المبنى الناشئة عن إجراء مثل هذا الإصلاح[86]. وإنما تحتسب قيمة المنفعة الفائتة للأموال بالرجوع إلى أجرة مثلها، إلا إذا كانت الأموال المغصوبة سبباً لاستجرار الربح فإن الواجب هو قيمة هذا الربح الفائت.

وتحتسب قيمة المال المغصوب بالرجوع إلى قيمته السوقية يوم غصبه الذي قد يتفق مع تاريخ مطالبة صاحبه بالرد ورفض الغاصب هذا الرد باعتبار أن الرفض بعد المطالبة هو الفعل الذي يوجب الغصب في عدد من الأحوال. وقد لوحظ أن حساب الواجب بالقيمة يوم الغصب يؤدي إلى كثير من المظالم، خاصة إذا ارتفعت الأسعار يوم التقاضي عما كانت عليه وقت الغصب ارتفاعاً كبيراً. لذا أبدت المحاكم استعدادها لحساب الواجب بالرجوع إلى قيمة المغصوب يوم رفض رده بعد المطالبة إذا كان المغصوب منه لم يعلم بواقعة الغصب قبل ذلك. لكن هذا الحل لا يحقق العدالة في ظروف ارتفاع الأسعار أحياناً فيما أحس به عدد من المشتغلين بالعمل القانوني. وقد جاء الحل لذلك فيما أخذت به محاكم نيويورك التي أحلت مبدأ وجوب أقصى القيم Highest replacement value محل الرجوع إلى يوم الغصب. ويقارن هذا الحل بما أخذ به الشافعية في احتساب القيمة الواجبة[87].

293 ـ أوجه الاتفاق والاختلاف: يتضح من ذلك اتفاق القانون الانجليزي مع الفقه في تأثيم التعدي على ملك الغير: عقاراً أو منقولاً أو منفعة من منافعهما، وفي إيجاب ضمان الضرر الناشىء عن هذا العدوان وفي الأسباب النافية للضمان. ويبلغ هذا الاتفاق في عدد من التفاصيل مبلغاً يثير التساؤل عن أسباب هذا الاتفاق، كما هو الحال في أسس

---

(85) Remedies of English law, P. 119.

(86) السابق: 121.

(87) السابق: ص 125 .

احتساب القيم والتفريق بين المواد المتماثلة التي يعلن عن أسعارها وبين غيرها مما سبقت الإشارة إليه.

غير أن هناك اختلافاً بين الفقه والقانون الانجليزي في الواجب بالغصب، من جهة أن الواجب في الفقه هو رد العين المغصوبة، سواء كانت عقاراً أو منقولاً ما لم يتعذر ذلك، احتراماً لرغبة المالك في استرداد عين ماله ولأسباب قانونية أخرى تتعلق بوجوب احترام حقوق الحيازة والملكية. أما القانون الانجليزي فإنه يترك للمدعى عليه وللمحكمة تقدير الاستجابة لطلب المدعي رد المنقول، بل إنه يجيز للمدعى عليه اختيار دفع القيمة حتى ولو قضت المحكمة بتسليم المغصوب[88].

ومن جهة أخرى فإن القانون العرفي الانجليزي يتخذ موقفاً منحازاً لطبقة أصحاب الأرض الذين كان لهم توجيه الحياة الاقتصادية والاجتماعية في العهود الإقطاعية. يدل على ذلك أخذ هذا القانون باعتبار مسئولية الداخل إلى أرض غيره مسئولية مطلقة لصاحب الأرض الحق في تعويضه تعويضاً اعتبارياً Nominal Damages ولو لم يتضرر من هذا الدخول على أي نحو من الأنحاء. وقد تغير هذا الموقف الآن وأصبح لا يقضي بالتعويض إلا إذا أفضى الخطأ إلى حدوث الضرر للمالك في ذاته أو في ماله أو لعماله أو لأشيائه المقامة على أرضه. ويدل أيضاً على هذا الموقف المنحاز للقانون العرفي ما أخذ به هذا القانون من إطلاق حرية مالك الأرض ونفي مسئوليته تجاه الداخل إليها بدون إذنه الصريح أو الضمني ما لم يتعمد إلحاق الضرر بهذا الداخل أو يتصرف على نحو طائش Recklessly يؤدي إلى إلحاق الضرر به. غير أن علاج هذه الشدة في معاملة الداخل لأرض الغير بدون إذنه قد تضمنه قانون مسئولية الحائز للعقارات Occupier's Liability Act الصادر عام 1983. ويوجب هذا القانون على حائزي العقارات توقي الأخطار التي تضر بالداخلين إليها، مما يؤدي إلى اعتبار هؤلاء الحائزين مسئولين عن الأضرار التي تنشأ للغير بمخالفتهم هذا الواجب عليهم بوجه الإهمال أو التقصير.

المبحث الثالث: الأحكام العامة للغصب

294 ـ تقديم: للغصب حكمان، كما تقدم، أولهما تكليفي هو الحرمة والآخر وضعي هو الضمان ووجوب الرد. ويتعلق بهذين الحكمين عدد من الأحكام الجزئية المتفرعة عنهما مما أردت معالجته في هذا المبحث. ويتناول هذا المبحث لذلك كلاً من:

أولاً: الأيدي المتعاقبة على المغصوب.

ثانياً: ملكية المغصوب.

(88) السابق: 126.

ثالثاً: نفي الضمان في الغصب بالإذن في الأخذ أو لنية الرد على صاحبه أو لعدم الفائدة.

وفيما يلي تفصيل هذه الأحكام.

المطلب الأول: الأيدي المتعاقبة على المغصوب

295 ـ تنقسم الأيدي المترتبة على يد الغاصب بحسب وجوب الضمان إلى الأنواع التالية:

الأول: اليد المأذونة شرعاً في الاستيلاء على المغصوب من الغاصب، لاستنادها إلى ولاية شرعية كيد القاضي وأمينه أو لاستنادها إلى إذن المالك كيد وكيله. ولا تعد هذه الأيدي أيدي غصب لانتفاء العدوان في أخذ مال الغير بوجود الإذن الشرعي.

الثاني: اليد الضامنة المنقول إليها المغصوب من الغاصب، كيد غاصبه ويد المستام والوارث والمشتري أو المقترض أو المستعير أو الموهوب له أو المتصدق عليه. وإنما كانت هذه أيدي ضمان لأن كلاً منهم يعمل لمصلحة نفسه لا للغاصب وقد قبض المال على وجه الضمان فيلتزم به.

الثالث: يد الأمانة، وهي اليد التي تحوز المال بسبب مشروع نيابة عن المالك ولمصلحته، كما في الوديعة بغير أجر أو لمصلحتهما كما في الإجارة والرهن. ورغم كون هذه الأيدي أمينة فإن ترتبها على يد الغاصب يوجب الضمان بقبضها، بمعنى إنشاء الحق في مطالبة الحائز بالضمان، وثبوت مقابله في الذمة ووجوب الوفاء بهذا المقابل للمالك. وذلك لأن هذا الحائز أثبت يده على مال غيره بدون إذنه فيضمنه لو تلف في يده. والشرط في كون هذه اليد يد أمانة ألا يعلم صاحبها بالغصب وإلا كان غاصباً حسبما تقدم.

وإذا كانت اليد المأذونة شرعاً في القبض غير ضامنة، لأن الإذن ينافي الضمان، فإن يد الضمان أو الأمانة إذا ترتبت على الغصب وجب بها الضمان، سواء جهل صاحبها أو علم، لكونه أثبت يده على ملك غيره دون إذنه، فيضمنه لو تلف في يده، ولأن الجهل بالغصب لا ينفي الضمان باعتباره حكماً وضعياً[89] وإنما ينفي الإثم، وهو الحكم التكليفي. غير أن الجهل بالغصب يؤدي إلى إضعاف مسئولية الحائز للمال من الغاصب في عقد من عقود الأمانات، خاصة إذا ما قورنت بمسئولية الغاصب نفسه، مما يؤدي إلى استقرار الضمان على الغاصب رغم اشتراك الحائز للمال في المسئولية، بمعنى مطالبته بالضمان واعتباره طريقاً إلى إثباته. وبذلك فإن الغاصب والحائز للمال يشتركان في توجه

(89) نهاية المحتاج: 154/5.

المطالبة بالضمان إليهما وفي استقرار الضمان على من قويت نسبة الضرر إلى فعله منهما. وفيما يلي تفصيل كل من هذين الحكمين.

296 ـ المطالبة: يحق للمغصوب منه أن يطالب كلاً من الغاصب وصاحب اليد التي انتقل إليها المال بضمانه لتعديها، فإن الغاصب قد تعدى بافتياته على حق غيره واستيلائه على ماله. وقد تعدى الآخر كذلك بوضع يده على مال مملوك لغيره دون إذن منه أو ولاية عليه. ويؤدي توسيع المطالبة على هذا النحو إلى تيسير وصول المالك إلى حقه. وينبغي لهذا ألا ينتهي حقه في المطالبة إلا بوصوله إلى حقه في المال بأخذه أو أخذ بدله. لكن علماء المذهب الحنفي اختلفوا في ذلك؛ فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن مطالبة المالك أياً منهما تستلزم إبراء الآخر وإن توى عليه المال، كما إذا ظهر المختار للضمان منهما معدماً أو مفلساً. وعلى المغصوب منه لذلك قبل اختياره إلقاء الضمان على أحدهما أن يعرف مركزه المالي تجنباً لمثل هذه الصعوبة. وقال أبو يوسف كما في الهندية نقلاً عن المحيط أن للمالك الحق في مطالبة أي منهما إلى أن يقبض المضمون بالفعل ممن عينه[90]، إذ لا تنتهي دعوى التعدي المرفوعة عليهما إلا بهذا.

وقد حصر عدد من فقهاء الأحناف حق المالك في مطالبة أي من الغاصب أو الحائز للمال بجميع المضمون، ولم يجيزوا للمالك توزيع المضمون عليهما. وهذا هو الذي اقتصر صاحب مجمع الضمانات على نقله. وليس للمالك تبعاً لذلك (أن يأخذ بعض الضمان من الأول والبعض من الثاني. ولكن يخير في تضمين أحدهما)[91]. وفي الدر المختار النص على جواز اختيار المالك تجزئة المضمون على الغاصب والحائز حسبما يراه هو أوفق وأيسر في الوصول إلى حقه، لأنه إذا جاز له إلقاء الضمان كله على أحدهما جاز له حمله على أداء بعضه. ونص ذلك: (من غصب شيئاً ثم غصبه آخر منه فأراد المالك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضَه من الثاني له ذلك)[92]. وهو مذهب الإمامية كذلك[93]. وقد اختار هذا الرأي القانون المدني العراقي، فجاء في الفقرة الأولى من مادة 204 أن للمالك تضمين أي من الغاصب أو الحائز للمال من الغاصب، وأن له أن (يُضمِّن مقداراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني). ويتفق الحق في المطالبة وتضمينُ من انتقل إليه المال مع حق التتبع في القانون المدني المصري وفي القوانين المدنية العربية الأخرى. ويتفرع حق التتبع هذا من قسم الحقوق العينية التي للمالك على أمواله.

(90) حاشية ابن عابدين: 139/5.

(91) مجمع الضمانات: 119.

(92) حاشية ابن عابدين: 139/5.

(93) تحرير الوسيلة: 184/2.

297 ـ استقرار الضمان: على الرغم من اشتراك الغاصب والحائز للمال في ضمان الضرر الواقع على المالك بتعديهما من حيث المطالبة وثبوت الحق في الذمة ووجوب الوفاء به لتيسير وصول الحق إلى مستحقه فإن الذي يستقر عليه الضمان منهما هو صاحب الفعل الأقوى في إحداث الضرر. وتوضيح ذلك أنه إذا غصب عمرو مالاً ثم غصبه منه زيد وتلف في يده، واختار المالك تضمين عمرو واستوفى منه الواجب فإن لعمرو أن يرجع على زيد بما غرمه للمالك، ويستقر الضمان على زيد، لأن هلاك المغصوب حدث في يده فيقوى فعله في إيقاع الضرر على فعل عمرو لهذا. لكن لو اختار المالك تضمين زيد واستوفى منه الواجب لم يرجع على عمرو للسبب نفسه. وكذلك السارق من الغاصب حيث يستقر الضمان على السارق لقوة فعله إذا تلف المالُ في يده.

ويستقر الضمان على كل من انتقل إليه المغصوب مع علمه بالغصب، سواء انتقل إليه في عقد من عقود الضمان كالبيع والإجارة والهبة والقرض، أو في عقد من عقود الأمانات كالوديعة والعارية، وسواء كان القبض من الغاصب لمصلحته، أو لمصلحة القابض أو لمصلحتهما معاً. وكذلك يستقر الضمان على المتلف للمغصوب لو كان عالماً بالغصب بلا خلاف، لقيام سبب الضمان في حقه، وهو الإتلاف. ولهذا لو قدم الغاصب الطعام المغصوب إلى من يعلم غصبه، وأكله رغم ذلك، فإنه يعد متلفاً له، ويستقر عليه الضمان. وكذا وإن كان المالك هو الذي أكله، لأنه بذلك يكون قد استرده.

أما إن أتلفه الأجنبي أو المالك مع جهلهما بالغصب، دونما تسليط من الغاصب، فإن الضمان يستقر على المتلف بلا خلاف كذلك، لقوة الإتلاف في إيجاب الضمان. لكن لو أتلفه أحد بتسليط من الغاصب، كما لو كان طعاماً فقدمه الغاصب إلى الأجنبي أو المالك ليأكله فأكله، فإن الأقيس هو استقرار الضمان على الغاصب، وهو المتسبب، لا على الآكل، وهو المباشر، لأن المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه. ولذا لو اختار المالك تضمين الأجنبي كان له الرجوع على الغاصب، لأنه هو الذي غر هذا الأجنبي. وهو مذهب الأحناف والشافعية والحنابلة والإمامية(94)، خلافاً للمالكية الذين يوجبون الطعام على الآكل شريطة مناسبته لحاله وإلا استقر ضمان الزائد على الغاصب(95). ويرجح بعض الشافعية إطلاق استقرار الضمان على الآكل، لأنه هو المتلف(96).

298 ـ أما إذا انتقل المغصوب من يد الغاصب إلى أجنبي في عقد من العقود، وكان

---

(94) تبيين الحقائق: 222/5، والمهذب: 373/1، والمبدع: 179/5، وكشاف القناع: 103/4، وتحرير الوسيلة: 194/2.

(95) الخرشي: 147/6.

(96) نهاية المحتاج: 155/5، وحواشي الشرواني وابن قاسم: 15/6.

المنقول إليه جاهلاً بالغصب،فإن الضمان يستقر على الأخذ في عقود الضمان المفيدة للملك كالبيع والسوم والقرض وكذا الهبة والعاريه، دون عقود الأمانة كالوديعة والرهن.

وتفريعاً على ذلك لو باع الغاصب المغصوب وهلك في يد المشتري، وهو لا يعلم بالحال، فإن الضمان يستقر على المشتري لأنه قبض المال على وجه الضمان لمصلحة نفسه فيضمنه لو هلك في يده، وجهله إنما يسقط الإثم لا الضمان لأنه من خطاب الوضع. ويضمن المشتري عند الشافعية كلاً من الأعيان والمنافع، ويرجع على الغاصب بما غرمه في ضمان المنافع، لأنه غره في ضمان ما لم يضمنه بعقد البيع، فإن هذا العقد يقتضي أن المبيع مضمون على المشتري بالثمن بخلاف المنافع، فإنها تثبت للمشتري تبعاً للعين، لأن الخراج بالضمان[97]. ويخالف المتأخرون من الأحناف في ضمان الجاهل بالغصب للمنافع كما يخالف المالكية في ذلك بناء على أصلهم القاضي بأن (الغلة لذي الشبهة)[98].

ولا فرق عند الأحناف والشافعية والحنابلة والإمامية بين هلاك المغصوب في يد المشتري بفعله أو بآفة سماوية في استقرار الضمان عليه، خلافاً للمالكية الذين لا يوجبون استقرار الضمان عليه إذا هلك المبيع في يده بآفة سماوية، ولم يكن عالماً بالغصب. وهذا هو معنى قول الدردير: (إذا ادعى التلف بسماوي فيهما [أي فيما يغاب عليه وفيما لا يغاب عليه]، فإن قامت على هلاكه بينة بسماوي أو لم يظهر كذبه فيما لا يغاب عليه فلا يغرم)[99]. ولا يعني ذلك ضياع حقوق المالك فإن له أن يرجع على الغاصب، كما أن نفي مسئولية المشتري الجاهل بالغصب عما هلك بالآفة السماوية لا يعني نفي تغريمه وإنما يعني نفي مسئوليته قبل المالك، بحيث لا يكون غريماً ثانياً له، (وإنما هو غريم للغاصب، بمعنى أنه يجب عليه أن يدفع الثمن للغاصب إن لم يكن دفعه ولا يحل له مطالبة الغاصب بالثمن إن كان دفعه)[1]. لكن لو أتلف هذا المشتري المغصوب عامداً فإنه ينضم غريماً ثانياً للمالك، ويتوجه إليه بالمطالبة والضمان. وفي المذهب اتجاهان فيما لو أتلف المشتري المغصوب خطأ، فقيل بانضمامه مع الغاصب غريماً ثانياً للمالك، وقيل بكونه غريماً للغاصب وحده لا للمالك[2]. ولا يختلف ذلك عما في المذاهب الأخرى من الحكم باستقرار الضمان على المشتري الجاهل بالغصب مع حقه في الرجوع على الغاصب بما لم يلتزم بضمانه في عقد البيع إلا في الجانب الإجرائي باعتباره طرفاً في دعوى الغصب أو لا.

(97) نهاية المحتاج: 154/5.

(98) الخرشي: 147/6 .

(99) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 457/4.

(1) الخرشي: 147/6 .

(2) نهاية المحتاج: 5/ 155، والإنصاف: 178/6.

ويشبه المشتري في استقرار الضمان القابض للمغصوب على سوم شرائه أو المقترض، لأن هذه الأيدي أيدي ضمان. أما المستعير فيستقر الضمان عليه أيضاً في مذهب الشافعية والحنابلة، لأن يده يد ضمان كذلك، بحكم قبضه المال لمصلحة نفسه، وإن لم يضمن منافعه، لأنه قبضها غير مضمونة فيضمنها الغاصب لأن ضمان الأجرة عليه[3]. أما الأحناف فمذهبهم أن الضمان يستقر على الذي يتجه إليه المالك بالمطالبة، (وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه. أما الغاصب فلا شك فيه لأنه أعار ملك نفسه فهلك في يد المستعير. وأما المستعير فلأنه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور[3]. وفي المذهب المالكي أن الضمان يستقر على المستعير إن كان المعار مما يغاب عليه وإلا استقر على الغاصب لغروره للمستعير[4].

299 ـ ولا يستقر الضمان على الحائز للمغصوب إذا لم يكن يعلم بالغصب وانتقل إليه هذا المال في عقد من العقود التي لا توجب ضمانه. فالمستأجر والمرتهن من الغاصب إذا اختار المالك تضمينهما العين يرجعان بما غرماه على الغاصب لغروره إياهما بحكم أنهما قبضا هذه العين على وجه الأمانة لا على وجه الضمان. ولا يسقط شيء من الدين في مقابل تلف المرهون عند الجمهور، خلافاً للأحناف الذين رأوا أن هلاك المرهون في يد المرتهن مضمون عليه بحصته من الدين[5]. وفي الوديعة يتخير المالك بين تضمين الغاصب أو المودَع، ويستقر الضمان على الغاصب، لأن المودع حافظ للمال لمصلحة الغاصب، وهو في يده أمانة، فإن ضمَّن المالك الغاصب لا يرجع على المودَع، وإن ضمَّن المودَع Bailee يرجع على الغاصب، لأنه غَرَّهُ بالإيداع فيضمن، ما لم يفرط المودع في الحفظ والصون[6]. ويرجع المتصدق عليه والموهوب له على الغاصب بضمان العين والمنفعة إن اختار المالك تضمينهما، لأنهما لم يلتزما بالضمان في قبض المال وقد غرهما الغاصب فيستقر الضمان عليه[7]. والراجح في المذهب الشافعي أن يد الموهوب له يد ضمان لا يد أمانة فيستقر الضمان على الموهوب له لذلك[8].

300 ـ اختلاف الواجب: يتفاوت المضمون على أصحاب الأيدي المتعاقبة بتفاوت مسئولياتهم وأفعالهم. ولتوضيح ذلك فإن غاصب الغاصب إذا تلف المال تحت يده ضمن قيمته التي كانت له وهو في يده. ويضمن العيوب التي حدثت للمغصوب أثناء حيازته. ولا

(3) بدائع الصنائع: 145/7.
(4) قوانين الأحكام: ص 364.
(5) بدائع الصنائع: 145/7.
(6) السابق وكشاف القناع: 100/4، ونهاية المحتاج: 155/5.
(7) المراجع السابقة نفسها، والخرشي: 147/6.
(8) نهاية المحتاج: 155/5.

يسأل عما نشأ من الضمان أثناء حيازة الغاصب الأول للمغصوب؛ فلو كان المال قد تعيب في يد الغاصب الأول أو نقصت قيمته فإن ضمان ذلك يُستقر على الغاصب الأول. وكذا يضمن كل منهما ما فات من منافع المغصوب في يده، ويستقر عليه ضمانها، لأن كل واحد منهما مسئول عن عمله فيما تقضي به القواعد العامة للمسئولية في الشريعة. والخلاف بين الفقهاء في حساب قيمة التالف القيمي والمثلي المنقطع؛ فمذهب الأحناف في المثلي إذا انقطع أن الواجب هو القيمة يوم الغصب، وهو رأي أبي يوسف، وقيل يوم الانقطاع، وهو مذهب محمد وقيل يوم الخصومة وهو مذهب أبي حنيفة. أما الشافعية والحنابلة فمذهبهم أن الواجب هو أقصى قيم المغصوب من وقت الغصب إلى يوم انقطاع مثله. ومذهب المالكية أن الواجب في غصب المثلي إذا انقطع هو قيمته يوم انقطاعه. أما في القيميات فمذهب الأحناف والمالكية أن الواجب هو القيمة يوم الغصب، والمعتبر عند الحنابلة هو القيمة يوم التلف. والواجب عند الشافعية هو أقصى القيم[9]. وليست هذه مناسبة تفصيل هذه الآراء وذكر أدلتها، وإنما الذي تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن هذا الاختلاف يؤثر في حساب الواجب على أصحاب الأيدي المتعاقبة في حيازة المال المغصوب. ذلك أن المالك إذا اختار تضمين صاحب اليد الأولى رجع عليه على المذهب الشافعي، على سبيل المثال، بأقصى القيم من وقت غصبه إلى حين نقله من حيازته بغصب أو بيع. أما إذا اختار تضمين صاحب اليد الثانية فإنه يرجع عليه بأقصى القيم من حين أخذه للمغصوب إلى حين تلفه. وقس على ذلك الحال في المذاهب الأخرى.

301 - إجازة تصرفات الغاصب: للمالك إجازة تصرفات الغاصب في المغصوب بالبيع والإجارة والهبة وغيرها في مذهب الأحناف والمالكية، لأن غايته أنه تصرف فضولي، وهم يجيزون تصرفات الفضولي إذا وافق عليها صاحب الشأن[10]. ويخالف في ذلك الشافعية والحنابلة الذين يرون بطلان تصرف الفضولي[11]. وقد نصت المادة 1398 من مجلة الأحكام الشرعية على هذا الحكم، حيث جاء فيها: (لا تصح تصرفات الغاصب في المغصوب فلا يصح بيعه ولا إجارته ولا هبته ولا وقفه ولا عتقه).

المطلب الثاني: ملكية المغصوب

302 - لا نزاع بين الفقهاء في إسناد ملكية المغصوب لمالكه أثناء حيازة الغاصب شريطة استجماع المعاني التالية:

---

(9) بدائع الصنائع: 151/7، وتبيين الحقائق: 222/5, 223، وحاشية ابن عابدين: 128/5، 129، ونهاية المحتاج: 163/5، وحاشية الدسوقي: 444/3، والخرشي: 136/6 وما بعدها وكشاف القناع 109/4.

(10) بدائع: 145/7، والخرشي: 146/6.

(11) كشاف القناع: 112/4، ونهاية المحتاج: 187/5.

1 ـ إمكان رد المغصوب لمالكه دون ضرر يلحق بالغاصب أو غيره.

2 ـ عدم اختلاط المغصوب بغيره.

3 ـ سلامة المغصوب من إلتعيب الفاحش الذي يقطعه عما كان عليه في وصفه أو أصله أو المنفعة المقصودة منه.

والخلاف بين الفقهاء في ملكية المغصوب إذا اختل فيه أحد هذه المعاني.

فمذهب الأحناف أن المغصوب ينتقل إلى ملك الغاصب في الأحوال التالية:

1 ـ إذا تعيب المغصوب في يد الغاصب تعيباً فاحشاً. وحد الفاحش ما يفوت به ربع القيمة في رأي أو نصفها في رأي آخر. وينقل الزيلعي ترجيح بعض الأحناف تعريف هذا النوع من التعيب بأنه: (ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة)[12].

2 ـ إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب أو غيره حتى زال اسمها ومعظم منافعها، كما لو غصب شاة فذبحها أو لحماً فشواه أو طبخه، وكذا لو غصب حنطة فطحنها أو زرعها أو قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو ثوباً فقطعه أو خاطه قميصاً.. أو دقيقاً فخبزه أو سمسماً فعصره أو عنباً فعصره أو حديداً فضربه سيفاً أو سكيناً، أو صفراً أو نحاساً فعمله آنية أو تراباً له قيمة فلبَّنه أو اتخذه خزفاً أو لبناً فطبخه آجراً أو نحوه)[13]. ويستثنى من ذلك الذهب والفضة إذا صاغهما الغاصب حليًا أو آنية فإن حق المالك لا ينقطع فيهما عند أبي حنيفة لبقاء ثمنيتهما، ويخالفه الصاحبان في ذلك[14].

3 ـ إذا كان لا يمكن للغاصب رد المغصوب إلا بضرر يلحقه مما يزيد عن الضرر الذي يدخل على المالك بزوال ملكه. فلو غصب خيطاً فخاط به بطنه أو جرحاً في حيوان فإنه لا يكلف الرد ويجب عليه ضمان المثَل أو القيمة[15]. وعلى هذا يخرج ما إذا غصب لبناً أو آجرًا أو ساجة، وهي خشبة كبيرة تدخل في الأساس لتقويته، فإن المغصوب منه لا يملك استرداد هذه المواد إذا استخدمها في بنائه وتصير ملكاً للغاصب بالقيمة في المذهب الحنفي، بناء على قاعدة دفع الضرر الأشد بالأخف كما ذكر ابن نجيم وابن عابدين[16]. وذلك (لأن المغصوب بالبناء والتركيب صار شيئاً غير الأول لاختلاف المنفعة، إذ المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد.. فكان الإدخال إهلاكاً معنى فيوجب زوال ملك المغصوب منه ولأن الغاصب يتضرر بنقض البناء، والمالك وإن كان يتضرر بزوال ملكه

---

(12) تبيين الحقائق: 229/5.

(13) بدائع الصنائع: 148/7.

(14) تبيين الحقائق: 226/5, 228، والبدائع: 150/7.

(15) تبيين الحقائق: 228/5، ومجمع الضمانات: 136.

(16) الأشباه: ص 88، وابن عابدين: 135/5.

أيضاً لكن ضرره دون ضرر الغاصب لأنه بمقابلة عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع(17).

4 ـ إذا تعيب المغصوب وضمن الغاصب قيمته ملكه الغاصب، حتى لو ظهر المغصوب بعد ذلك وقيمته أكثر لم يكن لمالكه المطالبة باسترداده، إذا ما قضى له بقوله أو ببينته في تحديد قيمة المغصوب أو بنكول الغاصب عن اليمين. وإنما لم تكن له المطالبة باسترداده في هذه الأحوال لأنه أخذ القيمة التي أرادها ورضي بها مما هو في معنى المبادلة. أما إن قضى له بالقيمة بناء على يمين الغاصب فإن له استرداد العين المغصوبة ورد ما أخذه(18).

5 ـ ويملك الغاصب المغصوب كذلك بإبراء المالك أو حكم القاضي عليه بضمان المثل أو القيمة(19).

والحاصل أن الغاصب يملك المغصوب إذا فات حق المالك في استرداد ماله، إما بأدائه للغاصب أو أداء المضمون من المثل والقيمة، أو الحكم بذلك أو بنقصان المغصوب نقصاً فاحشاً، أو بتغيير المغصوب حتى زال اسمه وأكثر منافعه، أو بعدم إمكان الرد إلا بضرر كبير يلحق الغاصب وغيره.

303 ـ سمات ملكية الغاصب للمغصوب: يتسم ملك الغاصب المغصوب في المذهب الحنفي بالأمور التالية:

1 ـ أنه ملك ناقص غير مستقر، ولذا لو مات الغاصب مفلساً كان المغصوب منه أحق بالمغصوب من سائر الغرماء(20).

2 ـ لا يترتب على هذا الملك حق الانتفاع في الراجح من المذهب قبل أداء الضمان بالفعل إلى مستحقه. وهو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد خلافاً لزفر والحسن اللذين أجازا للغاصب حق الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان. وفي بعض المتون أنه رواية عن أبي حنيفة، وكان نجم الدين النسفي ينكر أن يكون هذا قول الإمام.

3 ـ ملك الغاصب للمغصوب عند تحقق سببه ملك يرجع إلى وقت الغصب عند الأحناف، لأنه لما وجب عليه الضمان وهو غرامة المثل أو القيمة فقد ثبت له الملك بدلاً

---

(17) البدائع: 149/7.

(18) تبيين الحقائق: 231/5.

(19) حاشية ابن عابدين: 143/5، وتبيين الحقائق: 226/5.

(20) حاشية ابن عابدين: 134/5، وتبيين الحقائق: 226/5.

عما قام في ذمته من ذلك. وإذ يستند الضمان إلى سببه وهو العدوان بالغصب فإن ما يترتب عليه وهو الحكم بالملك ينبغي أن يرجع إلى وقت قيام السبب، وهو حدوث الغصب. وينشأ عن ذلك حل الأكساب التي أفادها الغاصب من المغصوب، لأنها نشأت في ملكه، وجواز التصرفات التي أقدم عليها الغاصب قبل الحكم عليه بالضمان أو الأداء أو الإبراء، لأنه قد ظهر بتضمينه أو إبرائه أنه تصرف في ملكه. ولكن لا تحل له الأولاد والزوائد المنفصلة باعتبارها محلاً للغصب كذلك.

4 ـ هذا الملك المستفاد بالغصب على مذهب الأحناف ليس إلا نوعاً من الملك الاعتباري الذي أفضت إليه الصنعة القانونية على أساس الضرورة. ذلك أن فقهاء هذا المذهب يسلمون بأن الغصب عدوان ومعصية ولا يصلح أن يكون سبباً لكسب الملكية. غير أن الحكم بالضمان وإيجاب المثل أو القيمة جبراً لما فات على المالك من مال على سبيل البدل لهذا المال يقتضي نقل ملكية المضمون إلى الضامن شرطاً لوجوب الحكم عليه بالضمان لا قصداً، حتى لا يجتمع ملك البدل والمبدل للمغصوب منه. وفي هذا يقول البزدوي: (أما الملك بالغصب فلا يثبت مقصوداً به، بل شرطاً لحكم شرعي وهو الضمان، لأنه شرع جبراً ولا جبر مع بقاء الأصل على ملكه، إذ الجبر يعتمد الفوات، وشرط الحكم تابع له فصار حسناً لحسنه وإنما قبح لو كان مقصوداً به)[21]. ويقصر هذا التحليل عن تبرير الرجوع بملكية الغاصب إلى وقت الغصب لارتفاع المحظور في المذهب وهو الجمع بين البدل والمبدل في ملك واحد باستناد ملكية الغاصب إلى وقت الضمان بعد تعذر رد العين المغصوبة، لأن ردها كان هو الواجب منذ وقوع الغصب إلى حين التعذر.

304 ـ مذهب المالكية: يتفق المالكية مع الأحناف في انتقال ملكية المغصوب للغاصب إذا حكم عليه بغرامة المثل أو القيمة ولو لم يـؤد الواجب عليه بالفعل إلى المالك. وعبارة خليل في ذلك: (حيث غرم الغاصب القيمة فقد ملك المغصوب) [22]. وكذلك يملك الغاصب المغصوب بتغيره في المنافع المقصودة منه كما لو كان شاة فذبحها، ففي حاشية الدسوقي أنه (إذا غصب دابة وذبحها لزمته القيمة بمجرد الذبح وصارت مملوكة للغاصب فيجوز له الأكل منها ويجوز لغيره أن يشتري منها)[23]. وفي بداية المجتهد أن الغاصب إذا عمل في المغصوب عملاً انتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتاً والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً أو دراهم كان مفوتاً للمغصوب ويجب عليه المثل أو القيمة[24]. وفي ذلك يذكر الخرشي أنه لو غصب نقرة صيغت أو طيناً لُبِّنَ أو

(21) أصول البزدوي: 56.

(22) الخرشي: 140/6.

(23) حاشية الدسوقي: 444/3.

(24) بداية المجتهد: 240/2 ط. لاهور.

قمحاً طُحِن أو بذراً زُرِع فلا تسليط للمالك عليها ويقضى له بمثلها صفة ووزناً ولا يقضى له بعينها لدخول الصنعة فيها. والقاعدة عندهم أن المثلي يلحق بالقيمي ويقضى فيه بالقيمة إذا دخلت الصنعة. ولو غصب بيض أفرخ فحضنها تحت دجاجته فعليه بيض مثله. ومن غصب عصيراً فتخمر فإنه يقضي بمثله إن علم كيله وإلا فبقيمته[25].

وعندهم أن الغاصب يملك المغصوب إذا اشتراه من صاحبه قبل رده، سواء كان المغصوب حاضراً أم غائباً[26]. وفي رواية عن أشهب أنه لا يجوز بيع المغصوب لغاصبه إذا كان غائباً، (لأن ذات المغصوب قد فاتت بالغيبة عليها، وصار الواجب على الغاصب إنما هو القيمة. فالذي يجوز للمغصوب منه أن يبيعه إنما هو القيمة لا ذات المغصوب)[27].

والقاعدة التي نص عليها المالكية أنه إذا حصل مفوت للشيء المغصوب باستهلاكه أو إتلافه انتقل إلى ملك الغاصب ووجب عليه مثله أو قيمته[28]. ومن تطبيقات ذلك أن من غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان أو إنسان وجب عليه المثل أو القيمة وانتقل عن ملك المغصوب منه.

305 ـ اتجاه آخر: مذهب الشافعية والحنابلة والإمامية أن المغصوب لا يملك بالضمان إلا بأداء قيمته أو بالإبراء منه أو بتعذر رد العين المغصوبة أو للضرورة.

ويتخرج على ملكية المغصوب للضرورة أن يغصب خيطاً فيخيط به جرح حيوان ويخاف من قلعه الإضرار بهذا الحيوان فإنه يملك الخيط ويؤدي قيمته ولا يلزمه القلع لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة الأموال. غير أنه إذا كان الحيوان مما يؤكل فإن حالة الضرورة ترتفع، ويتعين على الغاصب ذبح الحيوان ورد الخيط المغصوب ولا عبرة بتضرره لتعديه، فيما ذهب إليه البعض[29].

ويملك الغاصب المغصوب إذا تعذر رده بحالته، كما لو صار الرطب تمراً والسمسم شيرجاً والعنب عصيراً والدقيق عصيدة لتبدل العين فوجبت قيمتها وانتقلت إلى الغاصب ملكاً مراعى، بمعنى أنه لا يجوز للغاصب التصرف فيه قبل أداء الضمان لمستحقه[30]. ومن ذلك اختلاط المغصوب بغيره على نحو يتعذر التمييز بينهما، فيملكه الغاصب ملكاً مقيداً

---

(25) الخرشي: 134/6، 135.

(26) السابق: 144/6.

(27) حاشية الدسوقي: 455/3.

(28) السابق: 455/3.

(29) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص 215, 217، والمبدع: 161/5، والإنصاف: 139/6، وكشاف القناع: 84/4 وما بعدها وشرائع الإسلام: 239/3، 242.

(30) نهاية المحتاج: 173/5، 187، والمبدع: 163/5.

إلى حين أداء الضمان. ولذا لو أفلس الغاصب كان المالك أحق بنصيبه في المغصوب من سائر الغرماء[31]. ومثله لو نقص المغصوب نقصاً يسري به إلى التلف، كما لو أدخل ساجاً في بناء وبليت فإن الرد يتعذر. وينتقل هذا النوع من الملك الناقص إلى الغاصب إلى حين أداء الضمان[32].

وفيما عدا ذلك لا ينشأ للغاصب ملك في المغصوب ويجبر على إعادة العين لصاحبها إن أمكن ذلك، فمن غصب شيئاً وغير فيه حتى تبدل الاسم والمنفعة المقصودة لم يملكه بذلك ولا يجبر صاحبه على المعاوضة فيه. وهذا هو ما نصت عليه المادة 1385 من مجلة الأحكام الشرعية حيث جاء فيها: (لا أثر لعمل الغاصب في المغصوب ولو تغير به اسمه. مثلاً: لو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو صاغ الفضة أو الذهب حلياً أو ضرب الحديد سيفاً أو زرع الحب أو عالج البيض فصار فراخاً أو غرس أغصاناً فصارت شجراً لزم رد العين مع أرش النقص إن نقصت العين أو القيمة، ولا يجبر أحدهما على المعاوضة، ولا شيء للغاصب مقابل عمله ولو زادت به القيمة من غير فرق بين أن يكون عمل بنفسه أو استأجر عليه غيره وليس على المالك شيء من الأجر). وليس من قبيل الضرورة ما لو غصب لوحاً وأدخله في سفينه ويكلف بقلعه منها حين ترسو ولا يلتفت إلى تضرره، لأنه هو الذي تسبب فيه[33]. وكذا لو سمر باباً بمسامير مغصوبة فإنه يقلعها ويردها إلى مالكها[34]. وإن غرس في الأرض المغصوبة أو بنى عليها كلف قلع الغرس وهدم البناء. ولو غصب ثوباً فصبغه أو غزلاً فنسجه أو فضة أو حديداً فصاغهما أو خشباً فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك إلى مالكه لأنه عين ماله[35]. ولو غصب شيئاً فضاع منه وغرم قيمته للمالك ثم وجده بعد أداء القيمة ردّه وأخذ القيمة، لأنه لم يملكه[36]. وكذا لو غصب حنطة فطحنها أو ثوباً فخاطه أو شاة فذبحها وشواها أو غصناً فغرسه وصار شجرة أو نحاساً أو رصاصاً فاتخذ منها آنية وجب عليه رد ذلك ولا يملكه عند الجمهور[37].

306 ـ موازنة: وبهذا فإن الجمهور يختلفون مع الأحناف والمالكية في الأمور التالية:

(أ) المضمون لا يملك بالضمان عند الجمهور إلا في تلك الاستثناءات التي تبلغ

---

(31) نهاية المحتاج: 184/5.

(32) المهذب: 373/1.

(33) المبدع 159/5، والمهذب: 373/1.

(34) المبدع: 161/5.

(35) السابق، ومادة 391 من المجلة الشرعية.

(36) المبدع: 184/5، وتخريج الفروع على الأصول: 219.

(37) تخريج الفروع على الأصول: 219.

مبلغ الضرورة، خلافاً للأحناف الذين أسندوا الملك للغاصب في مقابل الضمان خشية اجتماع البدل والمبدل في ملك المغصوب منه. والمالكية أقرب إلى مذهب الأحناف في ذلك.

(ب) استناد ملكية الغاصب للمغصوب إلى وقت الغصب عند الأحناف وإلى وقت حدوث المانع من الرد عند الجمهور. ويترتب على الخلاف في ذلك اختلافهم في حل الأكساب والمنافع المتولدة من المغصوب حسبما تقدم.

(جـ) الضمان عند الجمهور في مقابلة فوات اليد المحققة، ولا ينتقل الملك بوجوبه لأن هذا الفوات لا يصلح أن يكون سبباً شرعياً لهذا النقل. أما عند الأحناف فإن سبب الضمان فيما يبدو هو تعذر رد العين المغصوبة.

ومذهب الجمهور أولى بالاعتبار لما يتضمنه الحكم بنقل الملك إلى الغاصب من معنى الإجبار للمغصوب منه على المعاوضة عن ماله، وهو لا يجوز إلا لقيام الضرورة التي ينبغي أن تقدر بقدرها، كما هي القاعدة الفقهية.

المطلب الثالث: نفي الضمان في الاستيلاء على مال الغير

307 ـ لا يوجب الاستيلاء على مال الغير الضمان مطلقاً، بل ينتفي هذا الضمان في عدد من الأحوال التي يجمعها هذان الأمران:

أولهما: الاستيلاء على أموال الغير بإذن منه صراحة أو ضمناً أو بولاية شرعية عليه.

والآخر: انتفاء الفائدة في إيجاب الضمان.

وأوضح فيما يلي كلاً من هذين الأمرين:

308 ـ الاستيلاء بالإذن: لا يجب الضمان إذا استند الاستيلاء على مال الغير إلى ولاية شرعية أو إذن المالك صراحة أو ضمناً فإنه لا يعد استيلاء غاصب ولا يجب به الضمان، لكونه مأذوناً فيه وجائزاً شرعاً، والجواز الشرعي ينافي الضمان. ولذلك فإن استرداد القاضي أو أمينه أو ولي المالك أو وكيله للمغصوب من الغاصب ليس من قبيل الغصب، ولا يجب الضمان بوضع أيديهم على المغصوب لأنها أيدي أمانة باتفاق الفقهاء[38].

والخلاف فيما إذا تطوع لأخذ المال من الغاصب بنية رده على مالكه، فمذهب بعض الشافعية أنه لا ضمان على الآخذ من الغاصب أو السارق للرد على المالك إذا كان المال

(38) نهاية المحتاج: 154/5، وحاشية الجمل: 374/3، وحواشي الشرواني وابن قاسم: 14/6.

معرضاً للضياع، وهو الذي رجحه السبكي، بناء على وجود الإذن من المالك ضمناً باستنقاذ ماله فإنه لا يرضى بضياعه. وكذا لو فرت دابة من صاحبها وأمسك بها أحد ليردها عليه إن تلفت في يده قبل تمكنه من ردها، وذلك لعلمه برضا صاحبها بإمساكها له حفظاً لها من الضياع. ومن ظفر بمتاع لصديقه أو استخلصه ممن أراد أخذه ليرده فلا يضمن على هذا التوجيه لاستناده في هذه الحيازة إلى إذن المالك على وجه الدلالة[39]. ويؤيد ما رجحه السبكي أن الأخذ للمال المعرض للضياع بنية رده إلى مالكه، إذا ثبتت هذه النية بعدم مضي الوقت الذي يتمكن فيه من الرد، لا يكون مستولياً على المال استيلاء غصب في العرف. وهو المدار في تحديد مفهوم الاستيلاء المثبت للغصب. أما أخذ المال غير المعرض للضياع ولو بنية إعطائه إلى مالكه فإنه لا يدفع الغصب لانتفاء استناد هذا الأخذ إلى إذن المالك.

ورغم قوة الأدلة التي يستند إليها ترجيح السبكي فإن جمهور الفقهاء يرون إيجاب الضمان على المتطوع بأخذ المال بنية رده إلى مالكه ولو كان معرضاً للضياع. وهو مذهب الأحناف؛ ففي حاشية ابن عابدين: لو أخذ المغصوب (من الغاصب ليرده إلى المالك فلم يجده فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده إلى الغاصب الأول) [40]. وهو الراجح في المذهب الشافعي كذلك، فقد نصوا على أن من (وجد متاعاً مع سارق أو منتهب وعلم أنه إذا لم يأخذه ضاع على صاحبه لعدم معرفته الآخذ فأخذه منه ليرده على صاحبه، ولو بصورة شراء، أنه يضمنه، حتى لو تلف في يده بلا تقصير غرم بدله لصاحبه، ولا رجوع له بما غرمه على مالكه لعدم إذنه له في ذلك)[41]. ويستند القائلون بذلك إلى أن الآخذ غير مأذون في الاستيلاء على مال غيره فيعد غاصباً، ولأن المال مضمون على الغاصب ولا حاجة بصاحبه إلى نقل المال ليد غير ضامنة فيلزم عنه عدم إذنه في أخذ المغصوب إلا على وجه الضمان. ويستثني أصحاب هذا الرأي حالة أخذ المال ممن ليس من أهل الضمان كالحربي لعدم الفائدة في تضمينه، ويعد الآخذ للمال منه أميناً لا يلزمه ضمانه إلا بالتعدي أو التقصير[42].

309 ـ انتفاء الفائدة في إيجاب الضمان: ينتفي الضمان لانتفاء الفائدة في إيجابه بكون الغاصب غير أهل للضمان كالحربي. أما على مذهب الأحناف فواضح من جهة أنهم يرون دخول أموال المسلمين في ملك الكفار باستيلائهم عليها، لأن الحكم بتحريمها

---

(39) نهاية المحتاج: 147/5، وحواشي الشرواني وابن قاسم: 14/6.

(40) حاشية ابن عابدين: 139/5.

(41) نهاية المحتاج: 147/5، وحاشية الجمل: 474/3.

(42) الخرشي: 130/6، وحاشية الجمل: 474/3.

عليهم من الفروع، وهم غير مخاطبين بها إلا بعد قبولهم لأصل الدين والإيمان[43]، فإذا غصبوا أموال المسلمين دخلت في ملكهم ولا يجب عليهم ضمانها. ويرى الشافعية هذا الرأي أيضاً؛ ففي المغني أنه (لو غصب الحربي مال مسلم أو ذمي ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد التلف فإنه لا ضمان، ولو كان باقياً وجب رده)[44]. وإنما قالوا بعدم الضمان لانتفاء الفائدة في إيجابه؛ فمذهبهم (أن الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدارهم لا يملكونها.. لأنها معصومة محرمة التناول)[45].

وكذلك لا يجب الضمان على البغاة فيما أتلفوه في ثائرة الحرب من نفس أو مال، بخلاف ما أتلفوه في غير ثائرة الحرب فهو مضمون عليهم. والاتجاه المرجوح في الفقه الإسلامي لا يفرق هذا التفريق ويوجب ضمان ما أتلفه البغاة على أهل العدل من نفس أو مال، لحفظ الشارع لهما ولأن المعصية لا تصلح أن تكون سبباً للتخفيف عنهم بإسقاط الحقوق والغرامات التي وجبت عليهم بتعدِّيهم. أما الرأي الراجح الذي لا يرى ضمان التالف في ثائرة الحرب فيستند أصحابه إلى إجماع الصحابة عقب أحداث الفتنة الكبرى بين علي ومعاوية رضي الله عنهما على ألا يقام حد على رجل ارتكب محرماً بتأويل القرآن ولا يغرم مالاً أتلفه بتأويل القرآن. ولأن تضمين البغاة ينفرهم من الرجوع إلى الطاعة. وكذلك فإن هناك صعوبات عملية عديدة في رد الإتلاف إلى سببه[46].

ولا خلاف مع ذلك في أن على البغاة بعد انتهاء الحرب رد ما بأيديهم إلى أصحابها. وفيما يلي مناقشة الفعل الثاني الموجب للضمان، وهو الإتلاف، سواء ورد هذا الفعل على النفس الإنسانية وما دونها أو على الأموال.

---

(43) التوضيح: 390/1 وما بعدها.

(44) مغني المحتاج: 277/2.

(45) تخريج الفروع على الأصول: 200.

(46) البحر الرائق: 153/5، والأحكام السلطانية للماوردي: 50، ونهاية المحتاج: 386/7، 387، والمغني لابن قدامة: 60/10، 61، والشرح الكبير في الموضع نفسه.



الفصل الثاني

الإتلاف

المبحث الأول: مفهوم الإتلاف

310 ـ معنى الإتلاف: يرد الفعل تَلِف بمعنى هلك، فتلَف المال معناه هلاكه وخروجه عن صورته المقصودة للانتفاع بها، مما قد يحدث بآفة سماوية أو غيرها. ويفترق التلف لهذا عن الإتلاف الذي يلحظ فيه فاعل معين.

ويعرف الكاساني الإتلاف بأنه هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة منه في العادة[1]. وهذا التعريف التقريبي لمفهوم الإتلاف لا يخرج عن المعنى اللغوي المتبادر للذهن من هذا اللفظ. ونتيجة الاستناد إلى هذا العموم أن كل ما يعده الناس إتلافاً فهو كذلك وإن لم يؤثر في الانتفاع، فتأثر الجسم الخارجي للسيارة نتيجة الصدام بها من قبيل الإتلاف لغة وعرفاً وإن قامت بوظائفها المعتادة. وسيتضح ذلك بالتعرف على تقسيم المتلف من حيث كونه نفساً أو مالاً، وتقسيم التلف إلى كونه جزئياً أو كلياً. أما التقسيم الأول فيشير إليه الكاساني بقوله: (الإتلاف لا يخلو إما إن ورد على بني آدم وإما إن ورد على غيرهم من البهائم والجمادات. فإن ورد على بني آدم فحكمه في النفس وما دونها نذكره في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى. وإن ورد على غير بني آدم فإنه يوجب الضمان إذا استجمع شرائط الوجوب)[1]. ويتضح من هذا النص أمران: أولهما أن المتلف قسمان: النفس والمال. والآخر أن الفقهاء يعالجون أحكام الإتلاف الواقع على النفس بما يوجبه من زواجر وجوابر ضمن أبواب الجنايات على حين يعالجون أحكام الإتلاف الواقع على المال ضمن أبواب الضمانات. ويتسع هذا المبحث للنظر في أحكامهما، أ باعتباره أمراً تفرضه وحدة الموضوع من جهة، ولأنه الطريق إلى تصور النظرية العامة لضمان الإتلاف في الفقه الإسلامي.

---

(1) البدائع: 164/7.

أما التقسيم الآخر للإتلاف إلى كلي وجزئي فيوضحه الكاساني كذلك بتعريفه لكل من هذين النوعين من الإتلاف. والإتلاف الكلي عنده هو ما يحصل به خروج المتلف عن صورته ومعناه، بحيث لا يبقى صالحاً للانتفاع به المنفعة التي كان معداً لها. من ذلك استهلاك الشمعة بالاستضاءة بها، فقد خرجت بذلك عن صورتها التي كانت لها، كما ذهب معناها ولم يعد الانتفاع بها ممكناً. ومنه قتل دابة إنسان أو حرق ثوبه أو قطع شجرته أو إراقة عصيره أو هدم بنائه. ومنه في العدوان على البدن الإنساني القتل وقطع أحد الأطراف باعتباره إتلافاً لصورة هذا العضو ومعناه. أما الإتلاف الجزئي الذي يرد على المعنى دون الصورة بتعبير الكاساني فيعرفه بأنه :(إحداث معنى فيه (أي المال) يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة)[2]. ومن أمثلته فوت جزء من أجزاء العين أو فوت وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر واليد، أو فوت معنى مرغوب فيه في العين كالعبد المحترف إذا نسي الحرفة في يد الغاصب وكما لو كان شاباً فشاخ في يده[3]. ويقابله في الجنايات التعدي بإتلاف منفعة العضو مع بقاء صورته، كما لو ضربه على يده فشلت أو نقصت في وظيفتها.

وينقسم الإتلاف بالنسبة للفعل الذي يستند له إلى إتلاف بالمباشرة أو بالتسبب.

جاء في المادة 887 من المجلة العدلية تعريف الإتلاف مباشرة بأنه هو (إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر، ويقال لمن فعله فاعل مباشر). أما الإتلاف تسبباً فتعريفه حسبما جاء في المادة 888 من المجلة المذكورة هو: (التسبب في تلف شيء، يعني أن يحدث في شيء مًا ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب، فإن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً. وكذا إذا شق واحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً). ويشتمل الإتلاف بالتسبب على صور متنوعة للتعدي، لا تتناهى، من بينها الحيلولة والسعاية والدلالة والإهمال والترك والتعسف في استعمال الحقوق والطيش أو النزق وكل ما يؤدي إلى الإضرار بالآخرين من تصرفات، سواء جاءت على سبيل العمد بقصد الإضرار أو وقعت إهمالاً وغير مصحوبة بمثل هذا القصد. ويعرف بعض الفقهاء التسبب بما لا يخرج عن هذه المعنى، فذكروا أنه عبارة عن فعل ما يقع التلف عنده ولكن بعلة أخرى. والفعل بهذا في تحليل البعض مجرد شرط للتلف الناشيء عن تأثير العلة، وإن وجب به الضمان اتفاقاً لأنه هو الذي يهيىء العلة للتأثير.

وتنقسم المباشرة في الاصطلاح الفقهي إلى مباشرة ناجزة في إحداث التلف فوراً

(2) السابق: 165/7.

(3) حاشية ابن عابدين: 132/5.

دون إبطاء وإلى مباشرة مولِّدة، وهي تلك التي لا تفضي إلى نتيجتها على الفور بل بمضي الوقت. وبهذا فإن من يعمد إلى كسر قلم غيره أو تمزيق أوراقه أو إحراقها فإن فعله هذا من قبيل المباشرة الناجزة. أما من يجرح أحداً جرحاً يسري به إلى التلف فإنه يكون من قبيل المباشرة المولِّدة. ومع ذلك فإن ابن حزم يستخدم التولد بمعنى المباشرة الناجزة[4]. وسيأتي تفصيل أحكام المباشرة والتسبب فيما بعد. ويستند إلى ما تقدم تعريف الإتلاف بأنه التعدي بارتكاب فعل غير مشروع أحدث ضرراً للغير في نفسه أو ماله بالتأثير في المنفعة المعتادة أو الصورة أو التغيير فيهما معاً، سواء كان ذلك التغيير كلياً أو جزئياً، وكان هذا الضرر مما أوجب الشارع جبره بعينه أو بنوعه وجنسه. وأركان الإتلاف الموجب للضمان كما يتضح من هذا التعريف هي نفسها أركان الفعل الموجب للضمان عموماً، وهي: التعدي، والضرر، وعلاقة السبب بينهما.

وعادة ما يبحث الفقهاء أحكام الإتلاف للأموال في آخر مبحث الغصب في كتبهم على حين يبحثون الإتلاف للأنفس وما دونها في مباحث الجنايات. وذلك لأن الغصب والإتلاف للأموال والأنفس وما دونها يؤلفان معاً أهم أسباب الضمان الناشىء عن العدوان.

311 ـ بين الإتلاف والغصب: يشترك الإتلاف والغصب في كونهما أهم أسباب الضمان ولكنهما يختلفان في الأمور التالية:

الأول: الغصب عدوان على حيازة المالك لماله، ولا يؤثر في الملك عند الجمهور خلافاً للأحناف حسبما اتضح فيما سبق. أما الإتلاف فهو عدوان على المال أو النفس أو ما دونها بالتأثير في الصورة والمعنى أو في أيهما.

الثاني: الغصب إنما يجري في الأموال عموماً أو في المنقولات وحدها عند الأحناف خلافاً للإتلاف الذي يجري في الأموال والأبدان.

312 ـ التعدي: يشترط في الإتلاف الموجب للضمان أن يكون نتيجة لفعل غير مأذون فيه شرعاً بالنظر إلى ذات هذا الفعل أو باعتبار مآله، فالضرب والقتل والحفر في الطريق العام وإلقاء الأشياء فيه يوجب ضمان ما ينشأ عنه من ضرر، لأن كل فعل من هذه الأفعال محرم شرعاً. ولا يختص التعدي بارتكاب الفعل المحرم وإنما يشمل ترك الواجب كذلك حسبما تقدم. أما أداء المباح واستعمال الحقوق فالأصل ألا يكون من التعدي وألا يجب الضمان به إلا إذا أدى إلى الإضرار بالغير لاقترانه بوصف من الأوصاف المنهي عنها شرعاً، كالإهمال ومجاوزة المألوف. وإنما يصير الفعل إلى التعدي والحرمة بعد الإباحة بالنظر إلى

(4) موسوعة الفقه الإسلامي بإشراف محمد أبي زهرة، وإصدار جمعية الدراسات الإسلامية بالقاهرة: 591/2.

الأوصاف المغيرة لحكمه في الأحوال التي ضبطها الشاطبي وهي:

(أ) صيرورة المباح إلى الحرمة لما اقترن به من قصد الإضرار بالغير، كأن يرخص أحد الباعة في ثمن سلعته قصداً إلى تفليس تاجر آخر يجاوره. فالبيع بالثمن الأقل مباح، لكنه اكتسب الحرمة بالقصد إلى الضرر.

(ب) اكتساب الحرمة مع انتفاء القصد إلى الإضرار لأداء الفعل إلى الإضرار في العادة أو الأعم الأغلب كأن ينطوي الفعل على نوع من الإهمال والتقصير، كما لو لم ينتظم الطبيب في زيارة مريضه عقب إجراء جراحة له فإنه يعد متعدياً ويضمن ما أضرَّ به، وذلك لأن أداء الفعل إلى الضرر على ذلك الوجه (لا بد فيه من أحد أمرين: إما تقصير في النظر المأمور به، وذلك ممنوع، وإما مظنة قصده إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضاً. . لكن إذا فعله فيعد متعدياً بفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة)[5].

وبهذا فإن التعدي شرط في الإتلاف للضمان، سواء كان هذا التعدي راجعاً إلى قصد الإضرار أو إلى التقصير والإهمال. أما القاعدة الفقهية التي توجب الضمان بالمباشرة مطلقاً بلفظ: (المباشر ضامن وإن لم يتعدَّ) فمحمولة على تفسير التعدي باستحقاق الإثم، وهو ليس بشرط في إيجاب الضمان. أما التعدي الذي نشترطه لإيجاب الضمان فيعني الافتيات على حقوق الغير في أبدانهم أو أعراضهم أو أموالهم إذا كان هذا الافتيات مما لا يقره الشارع، سواء بالقصد إلى هذا الافتيات أو بوقوعه على سبيل الإهمال أو التقصير. ولا يضمن المباشر للفعل ما تولد عنه من ضرر إذا انتفى اشتراط التعدي بهذا المعنى؛ فمن صال على معصوم من نفس أو بضع أو مال فدفعه أحد (دفعاً لا يقصد قتله إن أدى إلى القتل فهو هدر لا يُضمن، حتى الصبي والمجنون وكذلك البهيمة، لأنه ناب عن صاحبها في دفعها)[6]. وينتفي الضمان في المباشرة كذلك إذا كانت أداء لواجب، كما لو باشر الطبيب قطع عضو لمريض رجاء الحفاظ على حياته، وكما لو حكم القاضي بقتل شخص قصاصاً أو في حرابة. وينتفي الضمان كذلك إذا لم يهمل المباشر واستند السبب إلى المتضرر نفسه؛ ففي مجمع الضمانات أنه (لو مر رجل على ثوب موضوع في الطريق وهو لا يبصره فتخرق لا يضمن)[7]. وإنما لم يضمن مع مباشرته الإتلاف لأنه لم يقصد إيقاع الضرر، حيث لم يبصر الثوب، كما أنه لم يهمل، إذ لا يجب على النـاس النظر إلى مواطىء أقدامهم، وإنما كان التعدي من صاحب الثوب الذي تركه ملقى في الطريق فلا يضمن. وينبغي لهذا ألا يظن أن الفقهاء المسلمين يحكمون بوجوب الضمان على المباشر مطلقاً، إذ يتقيد هذا

(5) الموافقات للشاطبي: 349/2.

(6) الفروق للقرافي: 183/4.

(7) مجمع الضمانات: 147.

الحكم بتعدي المباشر على سبيل القصد أو الإهمال، فإن لم يتعد انتفى الضمان.

313 ـ **القصد والإهمال**: يوجب الإتلاف بالمباشرة أو التسبب الضمان، سواء صدر الفعل على سبيل القصد أو الإهمال، بناء على القواعد الشرعيّة العامة القاضية بتحمل كل إنسان نتيجة فعله وإذا كان الضابط في تحديد القصد السيىء من الفعل هو الاعتماد على القرائن فإن الضابط في نسبة تصرف معين إلى الإهمال والتقصير هو العرف أو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس. ولا يشترط قيام القاضي بإثبات القصد السيىء لإيجاب الضمان، بل يكفي مجرد إثبات مجاوزة المعتاد في الفعل لقيام مسئولية فاعله عما تولد عنه من نتائج، بحكم أن الضمان من خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه القصد ولا الإدراك.

ويقابل معيار مجاوزة المعتاد في الفقه الإسلامي معيار المعقولية Reasonableness في القانون الانجليزي. ولا شك في استناد المعيار الذي أخذ به القانون العرفي الانجليزي إلى المعتاد المألوف بين الناس من حيث رجوع الحكم بالقبول العقلي لفعل من الأفعال إلى اتفاق هذا الفعل مع المواضعات الاجتماعية. وهذا هو الذي أدركه (دياس) وزميله في قولهما بأن اتفاق الفعل مع المواضعات الاجتماعية السائدة أمر كاف في العادة لإثبات حرص فاعله وبذله قدراً معقولاً من العناية أثناء اتيانه لهذا الفعل [8].

ويستلزم الاستناد إلى معيار مجاوزة المعتاد لإيجاب الضمان الحكم بوجوب التزام المألوف المعتاد بين الناس في السلوك لنفي الضمان. ومعناه أن الشارع قد أوجب على الناس التحوط في سلوكهم والتبصر كي يلتزموا بما هو مألوف في مجتمعهم وإلا وجب عليهم الضمان. ويختلف واجب الرعاية باختلاف المواقف وأنواع الخطر المحتملة الوقوع، فمن يقود سيارة مطالب في العرف العام باتباع درجة من الحذر والتحوط أكثر مما يجب من ذلك على راكب الدراجة أو الدابة بوجه عام. وقد يفسر ذلك ما جاء في مجمع الضمانات من أن من دخل دار آخر (بأمره فعثر على جرة فانكسرت لا يضمن ولو عثر على صبي فقتله يضمن)[9]. توضيحه أنه لا فرق بين العثور على الجرة وبين العثور على الصبي من جهة الإذن في الدخول ومباشرة العاثر، وإنما الفارق الذي اقتضى الحكم بالضمان في إحدى الصورتين دون الأخرى هو أن الاحتياط الواجب بالنسبة للجرة أقل من الاحتياط الواجب بالنسبة للصبي، بمعنى أن فعله لا ينسب إلى الإهمال عرفاً وعادة إذا انصرف نظره عن الجرة ولم يرها أثناء دخوله إلى الدار التي أذن له بدخولها، على حين أنه يعد مهملاً في العرف والعادة إذا لم يتبين وجود الصبي في طريقه. والمبدأ الذي يستنبط من ذلك أن النظر الواجب شرعاً يزيد بزيادة الضرر المحتمل حدوثه. ولعل الهدف من وضع هذه المسألة إنما

---

(8) Tort Law, Dias and MerKesinis P. 61.

(9) ص: 152.

هو إرساء هذا المبدأ ولفت النظر إلى أن درجة التحوط المطلوبة لحماية الطفل أعلى بكثير من درجة التحوط اللازمة لحماية الجرة، ولذلك فإنه قد لا يعد مقصراً إذا بذل حداً من العناية لم يمنعه من إتلاف الجرة . على حين يعد مقصراً إذا بذل الحد نفسه من العناية وتولد عن فعله إتلاف الصبي جزئياً أو كلياً. ولا يقدح في استنتاج مبدأ (زيادة التحوط الواجب بزيادة الضرر المحتمل) من هذه المسألة التفريق بين الصبي والجرة في الضمان وعدمه بناء على حركة الأول دون الثاني، فإن هذا التفريق نوع من التفسير لوقائع المسألة، وليس نقضاً للمبدأ الذي جاءت فيما يبدو لي لإقراره. ويؤكد وعي الفقهاء بهذا المبدأ تدرج أنواع المصالح العامة التي تغيت الأحكام الشرعية تحقيقها في نظام يُقَدِّم حفظ المصالح المتعلقة بالنفس والبدن على المصالح المالية. ويستند هذا المبدأ إلى السلوك المألوف المعتاد للناس بحيث يعد تفريعاً على قاعدة العرف.

ويتفرع هذا المبدأ نفسه في القانون الانجليزي عن معيار المعقولية Resonableness الذي يضبط أنواع الإهمال. ومن تطبيقاته قضية Paris v. Stependi Borough Council (1951) التي أصيب فيها المدعي بالعمى لدخول شظية في عينه السليمة الوحيدة التي كان يرى بها. وإنما حكمت المحكمة على المدعى عليه بالمسئولية لأنه لم يزود المدعي بالأغطية الواقية Goggles مع علمهم بعاهته التي كانت توجب زيادة التحوط الواجب بالنسبة للعمال ذوي العينين السليمتين. وقد جاء في حيثيات حكم المحكمة أن على أصحاب العمل اتخاذ احتياطات أشد كلما زادت خطورة الضرر المحتمل وقوعه على العمال[10].

314 ـ أما إذا انتفى القصد والإهمال باتفاق الفعل مع المواضعات السائدة والأعراف الاجتماعية في التحوط والعناية فلا يجب الضمان استناداً إلى قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان. ولذلك لا يضمن من يرش الطريق أمام دكانه أو داره رشاً خفيفاً معتاداً ويقع فيه أحد[11]. وكذلك (لو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان أو دابة لا يضمن شيئاً، لأنه لم يحدث في الطريق شيئاً، وإنما كنس الطريق كي لا يتضرر المارة بالغبار. ولو جمع الكناسة في الطريق فقتل بها إنسان ضمن)[12]. وقد اختلف فقهاء الأحناف في إيجاب الضمان بإلقاء الثلوج في الطريق تفريغاً للدور منها؛ فذهب أبو الليث إلى عدم إيجاب الضمان بكنس الثلوج من الدور وإلقائه في الطريق نافذاً أو غير نافذ. ومذهب محمد أن إلقاء الثلج في الطريق النافذ يوجب الضمان. ويحمل بعضهم مذهبه هذا على أن العرف لم يكن يبيحه، (لأن الثلج يقل هناك أو لا يكون) في البيئة التي عاش فيها محمد، ولذا فإنه لا

(10) Tort Law, Dias P. 59.

(11) مجمع الضمانات: 177.

(12) مجمع الضمانات: 177.

خلاف في أن إلقاء الطين والتراب أو الحطب أو ربط الدابة في الطريق النافذ موجب للضمان[13].

315 ـ شروط الإتلاف الموجب للضمان: يشترط في الإتلاف الموجب للضمان الشروط العامة التالية:

أولاً: التعدي بالقصد السيىء أو بالتقصير والإهمال، فإذا انتفى التعدي انتفى الضمان حسبما اتضح فيما سلف. وإنما يوصف الفعل بالتعدي إذا كان محرماً لذاته أو لغيره، كما إذا كان الفعل مباحاً وصحبه الإهمال أو التقصير. ومعيار التقصير أو الإهمال هو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس. وينتفي التعدي كما اتضح فيما سبق بكون الفعل أداء لواجب وبموافقة المواضعات الاجتماعية السائدة. ويرجع الخلاف في إيجاب الضمان بإلقاء الثلوج في الطريق إلى اختلاف هذه المواضعات، فلم يتسامح محمد في هذا الإلقاء لأن الناس لم تكن تلجأ لذلك في مجتمعه فيجب الضمان على من فعله، بخلاف البيئات الأخرى التي كانت تضطر إلى إلقائه من الطرقات لكثرته في بلادهم وحاجتهم إلى تخلية بيوتهم منه.

ثانياً: تحقيق الإضرار بالغير في نفسه أو ماله، سواء كان التلف كلياً أو جزئياً. أما إذا لم يوجد ضرر فلا ضمان، لأنه شرع لجبره ورفعه فإذا لم يوجد ضرر فلا ضمان. وفي هذا يختلف الفقه الإسلامي عن القانون الإنجليزي الذي لا يشترط هذا الشرط بوجه عام للحكم بالمسئولية. ولا شك في دلالة الحكم بهذا النوع من المسئولية المطلقة Strict Liability على دخول أرض الغير في جميع الأحوال على انحياز هذا القانون لطبقة أصحاب الأراضي والإقطاعيين الذين أرادوا تأكيد سلطانهم على أراضيهم بإيجاب التعويض على كل من يدخل أرضهم وينتهك حماها. وهذا الجزاء أشبه بالعقوبة.

ثالثاً: أهلية الإتلاف: تثبت عند جمهور الفقهاء بما تثبت به أهلية الوجوب المنوطة بوصف الإنسانية، دون اشتراط العقل والتمييز، فتثبت أهلية الإتلاف للصبي والمجنون والسكران والمغمى عليه والمعتوه. ولكن ذهب بعض المالكية إلى اشتراط العقل والتمييز في أهلية الإتلاف، ولذلك اعتبروا إتلاف غير المميز معدوم الأثر كفعل العجماوات. واختار بعض المالكية إلقاء المسئولية على غير المميز في إتلاف الأنفس دون الأموال. والراجح عندهم موافقة الجمهور في أهلية غير المميز للضمان بالإتلاف مطلقاً[14]. وقد ذهب الظاهرية إلى نفي أهلية غير المميز في الضمان بالإتلاف، وألحقوا به المغمى عليه

(13) مجمع الضمانات: 181.

(14) الخرشي: 131/6.

والسكران باعتبارهم جميعاً غير داخلين في الخطاب الشرعي، بخلاف النائم فإنه يضمن ما أضر به غيره أثناء نومه لدخوله في الخطاب الشرعي[15].

ويلفت النظر اتفاق ما أخذت به القوانين الوضعية مع مذهب الظاهريه وبعض المالكية في اشتراط التمييز لقيام المسئولية. ولعل شيوع هذا الاتجاه الفقهي في الأندلس الإسلامية هو السبب في هذا الاتفاق.

وتثبت أهلية الضمان بالإتلاف لجماعة المسلمين في تضمين بيت المال ديات من لا يعرف قاتله، إعمالا لمبدأ لا يطل دم في الإسلام وتحقيقاً للتكافل الاجتماعي. وتفصيله في أحوال وجوب القسامة في كتب الفقه. ويشبه هذا الحل ما أخذت به انجلترا في عام 1946 حين انشأت نظاماً يعمل على تعويض المصابين في حوادث السيارات التي لم يستدل على أصحابها أو في الحالات التي لا يستطيع أصحاب السيارات الوفاء بقيمة التعويضات المستحقة للمصابين[16]. كما يشبهه كذلك ما أخذت به انجلترا في هذا القرن أيضاً حين أنشأت مؤسسة لتعويض المصابين في الجنايات والجرائم إذا لم يعرف الجاني أو إذا كانت حالته المالية لا تمكنه من الوفاء بالتعويضات المستحقة عليه. ويطلق على هذه الهيئة هيئة التعويض عن الإصابات الجنائية Criminal Injuries Compensation Board[17].

رابعاً: القدرة على الإتلاف بمعنى أن ينسب التلف إلى من له قدرة على إحداثه بالمباشرة أو بالتسبب. وهذه القدرة أو القوة المشترطة لإيجاب الضمان إما أن تكون قوة مادية حسية أو شرعية اعتبارية. ولهذا لا يضمن الصبي الراكب على الدابة ما وطئته إذا كان لا يستطيع إمساك نفسه على الدابة. والصبي والمجنون لا يتحملان من الدية الواجبة على العاقلة شيئاً، لأنهما ليسا من أهل النصرة. وللنائم قدرة على الإتلاف بثقله كما لو انقلب على صبي إلى جواره فقتله. أما القدرة الشرعية فتعني الأهلية لاستعمال حق يؤدي إلى الإضرار بالغير، وذلك كالشهادة، فأهلية تحملها وأدائها قد توجب الضمان إذا ظهر كذب الشاهد. أما إذا لم تكن للمرء أهلية للشهادة، كالصبي فإنه لا يتصور إيجاب الضمان برجوعه عن شهادته.

خامساً: عصمة الشيء التالف. لا يوجب الإتلاف الضمان إلا إذا كان الشيء المتلف معصوماً شرعاً. وإنما تنتفي العصمة بزوال سببها أو بارتكاب الجرائم المهدرة. توضيحه أن سبب العصمة في الدولة الإسلامية للدماء والأموال هو الإيمان بالدين الإسلامي أو الأمان

(15) المحلي: 39/11 فقرة 2130.

(16) Dias P. 30.

(17) السابق: ص 28.

وهو الدخول في عقد الذمة، فإذا زال أي من هذين السببين بالردة أو بنبذ العهد والسلوك مسلكاً مخالفاً لما يوجبه زالت العصمه. وتزول كذلك بارتكاب جريمة من الجرائم المعاقب عليه بالقتل أو القطع كزنا المحصن والحرابة والبغي والقتل والسرقة والتعدي بقطع ما يجب في قطعه القصاص[18]. ومن ثم فإن قتل الحربي والمرتد لا يوجب الدية لأن الشارع أهدر دمهم ونفى العصمة عنهم. وكذلك لو أتلف العادل مال الباغي لا يكون مضموناً لإهداره. ومن هذا القبيل إتلاف خمر المسلم وخنزيره بخلاف ما إذا كانا لـذمي حسبما سبق ذكره. ولا عصمة للمباحات لأنها غير متقومة بحكم كونها غير مملوكة لأحد. ولا يجب الضمان بكسر أدوات اللهو أو إحراقها لانتفاء عصمتها.

سادساً: ولاية الدولة الإسلامية على مكان الإتلاف وأطرافه، مما يعد من الشروط العامة للتكليف.

سابعاً: السببية، ويقصد بهذا الشرط حسبما تقدم أن ينسب التلف إلى الفعل وإلا لم يكن ما تولد عنه من مسئولية فاعله. ولذلك فإن الآمر بوضع حجر في الطريق لا يسأل عما ترتب على هذا الوضع من تلف وإنما يسأل عنه الواضع لترتب التلف على فعله ونسبته إلى هذا الفعل[19]. ولو أن أحداً حفر بئراً في الطريق فألقى شخص نفسه فيها متعمداً فلا ضمان على الحافر، لأن التلف لا يضاف إلى فعله وإنما إلى تعمد الشخص إلقاء نفسه فيها[20]. ويوضح هذا الشرط كذلك من القانون الانجليزي قضية Byrne v. Boodle (1863) حيث سقط على المدعي برميل من نافذة مخزن المدعى عليه فحكمت المحكمة على المدعى عليه بضمان الأضرار التي لحقت بالمدعي من سقوط البرميل عليه، على أساس أن هذه الأضرار مضافة إلى إهمال المدعى عليه الذي تدل عليه واقعة السقوط ذاتها، فإن الأشياء الموضوعة بعناية لا تقع على هذا النحو. ويشبهه الحكم في قضية Leanes V. Egerton (1943) حيث وقعت على المدعي شظية من زجاج نافذة بيت غير مأهول حينما كان يسير في الطريق العام. ورغم أن الزجاج قد انكسر إثر هبوب رياح قوية فقد أخذت المحكمة بأنه كان على المدعى عليه أن يتفقد حال الزجاج وقدرته على مقاومة مثل هذه الرياح منعاً للإضرار بغيره، ورأت المحكمة لذلك إضافة الضرر إلى إهماله.

316 ـ بين المباشرة والتسبب: تدل القاعدة الفقهية بصيغتها التي ترجحت في هذا البحث، وهي أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا، على افتراق المباشرة عن التسبب بالرغم من اشتراكهما في نسبة الضمان إليهما. وترجع

(18) انظر في ذلك: التشريع الجنائي لعبد القادر عودة: 529/1 وما بعدها.
(19) مجمع الضمانات: 181.
(20) السابق: 180.

الفروق بينهما إلى قوة المباشرة واتصال التلف بها دون واسطة خلافاً للتسبب الذي يتخلل بينه وبين التلف واسطة أو عدة وسائط، لذلك فإن الحكم بالضمان يضاف إلى المباشرة لا إلى السبب عند اجتماعهما واقتران التلف بهما إلا إذا أضيفت المباشرة إلى السبب وتولدت عنه.

وقد أشار الفقهاء إلى عدة فروق بين المباشرة والتسبب، من بينها ما يلي:

أولا: لا فرق في المباشرة بين التصرف في الملك وغيره، فمن يجد في أرضه حيواناً لغيره فيضربه يضمن ما تولد عن هذا الضرب من الضرر، ولا يدفع عنه الضمان أن الحيوان كان في ملكه. وكذا لو نام في ملكه فانقلب على إنسان كان ضامنا لأنه مباشر في قتله، حيث إنه إما متعمد أو مقصر في النظر المأمور به شرعاً[21]. ومن جنسه أن يرمي سهماً إلى هدف في ملكه فيصيب إنساناً كان واقفاً في ملك الرامي للسهم، ويضمن بلا خلاف بين الفقهاء للمباشرة[22]. أما الإتلاف بالتسبب فيفرق فيه بعض الفقهاء بين التصرف في الملك والتصرف في غيره. توضيح ذلك أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن التصرف في غير الملك إذا لم يستند إلى إذن شرعي أو إلى موافقة الإمام أو نائبه يوجب الضمان، فمن (وضع في الطريق حجراً أو جذعاً أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعاً أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفاً أو جناحاً أو ميزاباً أو ظلة فعطب به إنسان كان ضامناً. فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذي أحدثه في الطريق وصار كأنه دفع الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة، والمدفوع كالآلة[23]. وفي رأي أبي يوسف تقييد التصرف في غير الملك لإيجاب الضمان بكون الفعل ضاراً، أما الفعل النافع فلا يوجب الضمان وإن لم يستند إلى موافقة سابقة من الإمام، فمن (أقام جسراً على نهر أو قنطرة في غير ملكه لم يضمن عند أبي يوسف، لأنه محتسب ينتفع الناس بما أحدثه، وفي ظاهر الرواية يكون ضامناً إلا إذا فعل ذلك بإذن الإمام)[24].

أما التسبب في التلف بالتصرف في الملك كأن يحفر بئراً في ملكه للفتك بمن يدخل إلى هذا الملك من السراق واللصوص، وكأن يحدد قضيباً أو عيداناً ويجعلها ببابه لتدخل في رجل من يدخل إلى ملكه دون إذنه، وكأن يتخذ كلباً في داره ليعقر من يدخل هذه الدار دون إذنه، فإنه يضمن في هذه الأحوال عند الملكية بإطلاق لتعديه بهذا القصد، ولأن حقه

---

(21) السابق: 165.

(22) مجمع الضمانات: 165.

(23) السابق: 176.

(24) السابق: 179.

في استعمال المباح مقيد بشرط السلامة[25]. وفي المذهب الحنبلي روايتان في اتخاذ الكلب العقور وما يشبهه، يجب الضمان على إحدى هاتين الروايتين وإن كان الدخول بغير إذن[26]. وفي المذهب الشافعي أنه إذا انطوى التسبب في التلف بالتصرف في الملك على التعدى وجب الضمان وإلا فلا؛ فمن (ينصب رصيصاً من اللَّبِن لحرقه قمينة.. في غير المكان المخصص والوقت المناسب اللذين جرت عادة الناس بنصب الرصائص أو القمائن فيهما، كأن جاء في وقت امتلاء الأجران بحصاد الحقول، فأوقد في تنور اللَّبن بين الأجران أو وقت تعبئة القطن في الأكياس فطارت شرارة من التنور إلى الأجران أو الأقطان فأحرقتها ضمن ما أتلف. أما إذا أعد الرصيص في أوانه ولم يكن وقت حصاد ولا جني قطن وكان لآخَرَ صومعة فيها تبن أو طعام فطارت شرارة أصابت ما فيها فاحترق فلا ضمان عليه لأنه غير متعد. وكذلك لو أروى أرضه في دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن، لأنه غير متعد. فإذا أرواها في غير دوره، وهو الوقت المخصص له بترتيب أصحاب الحق في المياه، ثم تسربت إلى حقل جاره فأتلفته كان عليه ضمان المتلف)[27]. وبهذا فإن التصرف في الملك يوجب ضمان الضرر الناشىء عنه إذا انطوى على التعدي ومجاوزة المألوف، وهو واضح في مثالي تسرب الماء إلى أرض الجار وانتقال الشرر من الملك. مع ذلك فإن الذين أطلقوا حرية الملك في التصرف في ملكه، وهم أبو حنيفة والشافعي والظاهرية، قيدوا أحوال وجوب الضمان بما هو من قبيل المباشرة وما يلتحق بها من تسرب المياه وانتقال النار، باعتبارها أضراراً يعظم خطرها ويكثر وقوعها وتمس الحاجة إلى تحديد المسئولية فيها.

وفي المذهب الحنفي بعض التخريجات التي توجب الضمان على الإهمال في عناية المالك بملكه؛ ففي مجمع الضمانات أنه (لو وضع قنطرة في نهر خاص لأقوام مخصوصين فمشى عليها إنسان فانخسفت به... ومات، إن تعمد المرور عليها لا يضمن الواضع، وإن لم يعلم المار به ضمن كما لو وضع الخشبة في الطريق فمرت به دابة لا بسوق أحد فعطبت كان ضامناً. قالوا إن كانت الخشبة صغيرة، بحيث لا يوطأ على مثلها لا يضمن واضعها، لأن الوطء على مثل هذه الخشبة بمنزلة الزلق أو التعلق بالحجر الموضوع في الطريق عمداً، وذلك لا يوجب الضمان، وإن كانت الخشبة كبيرة ويوطأ على مثلها يضمن واضعها)[28]، فاعتبروه متعدياً بوضع خشبة على نهر له ملك فيه، إذا كانت الخشبة لا تحتمل مرور أحد فوقها. وإنما لا يجب الضمان في الأحوال المتفرعة عن ذلك إذا أضيف التعدي إلى المارّ

(25) تبصرة الحكام لابن فرحون: 346/2.

(26) الإنصاف: 222/6.

(27) تكملة المجموع: 293/14.

(28) مجمع الضمانات: 178.

على الخشبة بمعرفة تعيبها وتعمده المرور عليها أو إذا كانت مما لا يوطأ على مثلها، حيث يضاف تضرره إلى فعل نفسه.

ثانياً: من الفروق بين المباشرة والتسبب أن نسبة التلف إلى المباشرة لا تنقطع بإمكان المضرور تجنب الضرر وبقدرته على تفاديه، فلو جرحه فسرى الجرح إلى الوفاة لعدم تداويه ضمن الجارح الوفاة. أما من رش بعض الطريق فزلق به إنسان، وقد رأى الرش وأمكنه المرور من الجزء الآخر غير المبتل، فلا ضمان عليه، لأنه متسبب فيشترط عدم إمكان المضرور تفادي الضرر تجنبه. يوضحه أن من ألقى أحداً في حوض به ماء، وأمكنه الخروج منه فلم يفعل حتى مات فالقياس ألا يضمن رغم أن الإلقاء في الحوض من المباشرة ولا يشترط فيها إمكان احتراز المضرور عن الضرر الذي لحق به. وإنما ذلك لأن موته مضاف إلى فعله نفسه وهو البقاء في الماء لا الإلقاء فيه، فلم يجب الضمان لهذا. وتنحصر مسئولية المباشر لذلك فيما أدى إليه الإلقاء من أضرار، بحكم نسبة الوفاة إلى عمل المتضرر. ويدل ذلك على أنه إذا زاد المتضرر في الخسارة اللاحقة به بسوء تدبيره فإن المتعدي لا يتحمل هذه الزيادة لإضافتها إلى غير فعله. ويقابل ذلك في القانون الانجليزي على سبيل المقارنة قاعدة وجوب سعي المتضرر إلى تقليل خسائره. يوضح هذه القاعدة الحكم في قضية Darbishir v. Warren (1963) حيث تحطمت سيارة المدعي التي قدرت قيمتها بحوالي 85 جنيهاً انجليزياً، فأنفق في إصلاحها 192 جنيهاً انجليزياً، ولكن المحكمة قضت له بتعويض لا يشمل إلا قيمة السيارة ومقابل استئجار سيارة بديلة مدة إصلاح سيارته التي تحطمت[29].

ثالثاً: تكفي المباشرة وحدها لإيجاب الضمان، ولا حاجة بالمدعي إلى إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر المباشر المتولد عنه لوضوحه، بخلاف التسبب الذي يجب على المدعي أن يثبت كلاً من الضرر ونسبته إلى السبب الذي أنشأه.

رابعاً: إذا اجتمعت المباشرة والسبب أضيف الحكم إلى المباشر على سبيل العموم. وتفصيله بالتفريق بين الأحوال الثلاثة التالية:

1 ـ تغليب السبب على المباشرة وإضافة الحكم إليه إذا اجتمعا ولم تكن المباشرة من التعدي، وذلك كقتل المحكوم عليه بالقصاص قضاء بناء على شهادة الزور، فمباشرة الجلاد التنفيذ لا توجب الضمان لاستناد المباشرة إلى سببها وهو قضاء القاضي المستند بدوره إلى شهادة الزور. والقاعدة التي يذكرها ابن رجب أنه إذا أضيف التلف إلى فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه أضيف التلف إلى الفعل غير المأذون فيه[30].

---

(29) Dias P. 77.

(30) قواعد ابن رجب: ص 38 ق 28.

2 ـ تغليب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله، كما إذا جرح شخصاً وقتله آخر فإن ضمان القتل يضاف إلى المباشر.

3 ـ تساوي أثر المباشرة والسبب في إحداث التلف كالإكراه على القتل والأمر به، فإن كلاً من المكرِه والمكرَه والمأمور والآمر مسئولان عن القتل، لإضافته إليهما.

المبحث الثاني: بعض أشكال التسبب

317 ـ **تقديم**: ترجع أهمية هذا المبحث إلى كثرة ما يصادفه القارىء في الكتب الفقهية من إشارات لأشكال عديدة من الأفعال الموجبة للضمان كالتقصير والإهمال والترك وكتمان الحق والسعاية والدلالة والوشاية وشهادة الزور والغرور والحيلولة والأمر والإكراه وغير ذلك مما يجب التعرف على معانيه بالتحديد، لاستخلاص قاعدة عامة يمكن تطبيقها على تلك الصور التي جدت في هذا العصر. ويلاحظ على هذه الأفعال المشار إليها أنها تشكل تعديات، بحكم مخالفتها ما أوجبه الشارع من رعاية حقوق الغير في أموالهم وأبدانهم، وأن التعدي في هذه الصور جميعها إما أن يكون بارتكاب محرم أو بمخالفة واجب، وينقسم التعدي بهذا الاعتبار إلى أن يكون فعلاً أو كفاً وتركاً. وفيما يلي إشارة إلى كل فعل من هذه الأفعال:

الفرع الأول: الإهمال Negligence

318 ـ على الرغم من شيوع استخدام مصطلح التقصير في الفقه باعتباره سبباً لإيجاب الضمان فإن الفقهاء لم يعنوا أنفسهم بتعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً فيما اطلعت عليه اكتفاء بوضوح مفهومه من الأمثلة التي ساقوها. والمعنى الذي يستنبط من هذه الأمثلة في تعريف الإهمال أو التقصير الموجب للضمان هو مخالفة ما أوجبه الشارع من رعاية وتبصر لحقوق الغير وسلامتهم في أموالهم وأنفسهم وسائر حقوقهم الأخرى. يتضح هذا المعنى بالنظر إلى الأمثلة التالية:

ـ جاء في مجمع الضمانات أن (المودَع إذا ربط سلسلة على باب خزائنه في خان بحبل ولم يقفله، فخرج فسرقت وديعته، قالوا إن عد هذا إغفالاً وإهمالاً كان ضامناً وإلا فلا)[31].

ـ ما أصابته الدابة من غير تفريط من السائق والقائد والراكب أو عن غلبة منها لهم (فلا شيء عليهم فيه، لأن ذلك ليس من قبيل التفريط والإهمال وإنما هو من جهتها)[32] ولا

---

(31) مجمع الضمانات: 75.

(32) تبصرة الحكام: 352/2.

يمكنهم الاحتراز عنه فلا ضمان عليهم فيه.

ـ جاء في التبصرة: (ما أفسدت المواشي، وما أفسدت البهائم في الزرع، نهاراً فلا ضمان على أرباب المواشي. وأما بالليل فالضمان عليهم. والقول بنفي الضمان فيما أفسدته نهاراً محمول على أن المواشي معها راع، وأما إن أهملها أهلها فهم ضامنون)[33].

ـ جاء في مجمع الضمانات: (انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأتلفت عضو إنسان يضمن وهو خطأ)[34]. وفي ذلك يفصح انفلات الآلة من يد الجزار عن إهماله وتقصيره، فإن المعتاد أنها لا تنفلت من يده إذا كان يمسكها على الوجه الصحيح.

ـ ومن ذلك أنه إذا غطت امرأة(قدر أخرى تغلي فانصب شيء من شدة غليانها وأحرق رجل صبي تضمن المغطية)[34]، لأنه كان عليها أن تتوقع فوران الماء من القدر بغليانها واحتمال إصابة الأطفال القريبين منها بذلك. وإلى مثل هذا يشير الشاطبي بعبارة (التقصير في النظر المأمور به شرعاً)[35] مما يعده سبباً لإيجاب الضمان.

ـ ومن جنسه ما لو (أعطى صبياً سلاحاً ليمسكه فعطب الصبي بذلك تجب دية الصبي على عاقلة المعطي. ولو لم يقل له امسكه المختار أنه يضمن. وكذا لو قال للصبي اصعد هذه الشجرة وانفض ثمارها فصعد وسقط ضمن الآمر)[36]، لأنه قصر في النظر المأمور به شرعاً، وكان عليه أن يتوقع احتمال سوء تصرف الصبي في السلاح الذي أعطاه له أو أثناء رقيه على الشجرة.

ـ ومنه كذلك ما لو صب في الطريق (ماء فانجمد فزلق به إنسان أو ذاب ثم زلق ضمن ، وكذا لو رمى الثلج في طريق فسقط عليه إنسان ضمن)[37]، لأنه كان عليه أن يتوقع هذا الزلق الذي يعد نتيجة طبيعية لفعله. وإنما يختص وجوب التوقع بما يغلب وقوعه في العادة. أما ما يندر وقوعه فلا يجب التحرز عنه لأن النادر لا حكم له فيما هي القاعدة الفقهية. وعلى ذلك لو اعتاد الناس مرور الأطفال والمعوقين والعميان وحدهم في أماكن معينة وجب على قائدي السيارات وغيرهم من المنتفعين بالطريق التحرز من الإضرار بهم. أما إذا لم يكن من المألوف مرور أمثال هؤلاء في الطرقات وحدهم غير مصحوبين بمن يصونهم ويحفظهم فإنه لا يجب على المنتفعين بالطريق زيادة التحرز والعناية. وفي ذلك ما

(33) السابق: 355/2.

(34) مجمع الضمانات: 170.

(35) الموافقات: 2/ 358.

(36) مجمع الضمانات: 166.

(37) السابق: 164.

قد يوضح الخلاف الوارد في مجمع الضمانات بخصوص ما لو نقب أحد نقباً في نهر لسقي أرضه، (فوقع فيه أعمى فتلف فعليه الضمان. . . وقال القاضي بديع الدين: لا يضمن، لأنه مأذون برفع الماء ولا يتهيأ له إلا بالنقب)[38]. ولا يصح استدلال هذا القاضي من جهة أنه كان بالوسع تحقيق مصلحة المدعين ببذل زيادة عناية عن طريق حراسة النقب الذي لا يمكن لغير المبصرين اجتنابه. وعلى سبيل المقارنة فقد استند مجلس اللوردات The House of Lords في حكمه في قضية مماثلة في عام 1965 م إلى الإحصاءات الواقعية الدالة على كثرة سير العميان والمعوقين على أرصفة الشوارع وحدهم غير مصحوبين بمن يعينهم في سيرهم. ورأى المجلس أنه كان من واجب المدعى عليهم أن يأخذوا هذه الحقيقة في اعتبارهم عند وضعهم يد مدقة في واجهة بالوعة Trench على نحو يبدو بوضوح لذوي القدرة على الإبصار دون غيرهم ممن حرموا هذه النعمة[39].

ـ وكذلك لو كان حداد يضرب على حديد محمى في دكانه (فانتزعت شرارة من ضربه فوقعت على ثوب رجل يمر في الطريق فأحرقت ثوبه ضمن الحداد. وذكر الناطفي: حداد يجلس في دكان اتخذ في حانوته كيراً يعمل به والحانوت إلى جانب طريق العامة فأوقد الحداد كيره ناراً على حديد له ثم أخرج حديدة فوضعها على علاته، وطرقها بمطرقة، فتطاير ما يتطاير من الحديدة المحماة وخرج ذلك من حانوته وقتل رجلاً أو فقأ عين رجل أو أحرق ثوب إنسان أو قتل دابته كان ضمان ما تلف بذلك من المال والدابة في مال الحداد ودية القتيل والعين تكون على عاقلته، لأن ما طار من دق الحديد وضربه فهو كجنايته بيده لا عن قصده)[40] . وإنما يضمن الحداد لأن خروج الشرارة إلى الشارع وإصابتها المارة دليل واضح في ذاته على إهماله.

ـ ومن ذلك ما لو (أوقد تنوره ناراً فألقى فيه من الحطب ما لا يحتمله التنور فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فأحرق يضمن صاحب التنور)[41].

ولهذه الأمثلة دلالتها على وضوح مفهوم الإهمال الموجب للضمان لدى الفقهاء الذي قد يكون بالتقصير في النظر المأمور به شرعاً على حد تعبير الشاطبي، أو بمجاوزة المعتاد أو بمخالفة أوامر الشرع، كما لو أخذ طفلاً إلى مكان بعيد وتركه فيه فضاع أو سرقه أحد أو افترسه سبع أو غيره فإن آخذه يضمن وإن لم يتعمد هذه النتيجة.

319 ـ ولا يشترط لتحقق الإهمال التصرف بالفعل بل يعد الكف أو الترك لما أوجبه

---

(38) السابق: 165.

(39) Dias P. 58.

(40) السابق: 161.

(41) السابق، والفتاوى الخانية بهامش الهندية 283/3.

الشارع محققا للإهمال أيضاً. من ذلك أنه لو اضطر إنسان إلى طعام أو شراب لغير مضطر فطلبه منه فمنعه إياه فمات ذلك ضمنه المطلوب منه. وقد وقعت في ذلك في عهد عمر واقعة: فقد روي أن رجلاً أتى أهل أبيات فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر الدية، ولم يعرف له مخالف، لأنهم تسببوا في إهلاكه بمنعه ما يستحقه فضمنوا. ويضمن المانع الدية في ماله عند الحنابلة، لتعمده فعلاً يقتل مثله غالباً. وفي اتجاه آخر في المذهب أن الضمان على العاقلة لأنه قتل لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد[42].

ويشترط لإيجاب الضمان بالترك أن يكون على خلاف الواجب وإلا لم تنشأ المسئولية. ولهذا لا يضمن من لديه فضل طعام إذا لم يطلبه المضطر منه، لأنه لا يجب عليه البذل إلا بالطلب. وكذا لو كان صاحب الطعام أو الشراب مضطراً هو الآخر ومنع غيره فمات هذا الغير لم يضمن لأنه لا يجب عليه بذله في هذه الحالة كذلك. وكذا إذا خاف أن يضطر[43]، لأنه لا يجب عليه البذل عند خوف الاضطرار.

ولو أمكنه إنجاء آدمي أو غيره من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فإنه يضمن في اتجاه في المذهب الحنبلي وفي مذهب المالكية لقاعدة من ترك واجباً في الصون ضمن[44]. ويضمن السارق لذلك ما ضاع من البيت إذا ترك الباب مفتوحاً ولم يغلقه كما كان قبل دخوله[45].

وينقل البهوتي وجوب التعزير على فعل المحرمات وترك الواجبات مطلقاً، معقباً على ذلك بقوله: (فمن جنس ترك الواجبات من كتم ما يجب بيانه كالبائع المدلّس بإخفاء عيب ونحوه والمؤجر المدلس والناكح المدلس وغيرهم من المعاملين إذا دلس. وكذا الشاهد والمخبر الواجب عليه الإخبار بما علمه من نحو نجاسة شيء والمفتي والحاكم ونحوهم، فإن كتمان الحق سبب للضمان. وعلى هذا لو كتما شهادة كتماناً أبطلا به حق مسلم ضمناه، مثل أن يكون عليه حق ببينة وقد أداه حقه له، أي المؤدي لما كان له عليه، ببينة بالأداء، فتكتما الشهادة حتى يغرم ذلك الحق) [46]. وإنما يضمن في هذه الأحوال لمخالفته الواجب عليه من الإفشاء وعدم الكتمان.

وإنما يضمن تسرب الماء وانتقال النيران إلى أرض الغير إذا أهمل في أداء واجبه من

---

(42) كشاف القناع: 15/6.
(43) السابق.
(44) كشاف القناع: 15/6.
(45) تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك: 350/2.
(46) كشاف القناع: 125/6.

التحوط، وإلا لم يضمن[47]. ويبدو أن عدداً كبيراً من قضايا الضمان التي كانت تنظرها المحاكم في البلاد الإسلامية كان موضوعها انتقال النيران وتسرب المياه إلى الأراضي المجاورة، وهو ما يفسر سبب اهتمام الفقهاء بذكر أمثلة عديدة مضمونها هذا الانتقال والتسرب. وقد خصص البغدادي فصلاً لانتقال النار وآخر لانتقال المياه مما يدل على شيوع هذا النوع من التعديات.

320 ـ ولا يخفى حرمة الإهمال أو الترك للواجب، وإن رفع الشارع استحقاق الإثم إذا لم يقصد التارك أو المهمل الإضرار بغيره. (والإجماع على أن الشارع لا يبيح الخطأ أو الإهمال؛ فقوله تعالى: ﴿**وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً**﴾ هو كقوله: وما كان له أن يقتل مؤمناً عمداً. لا أنه كان له أن يقتل خطأً، لأنه يوجب إذن الشارع به، ولا يجوز إذن الشارع بالقتل الخطأ، لأن جهة الحرمة ثابتة فيه بناء على ترك التروي. ولهذا تجب فيه الكفارة، ولو كان مباحاً محضاً لما وجبت الكفارة. وهذا دليل تفردت بإيراده، وهذا أقوى دليل على المذهب. والشافعية حملوا الاستثناء في قوله إلا خطأً على المنقطع فراراً عن هذا. لكن الأصل هو المتصل)[48]، وأنه ليس له القتل عمداً غير الخطأ، بناء على أن إلا بمعنى غير صفة منصوبة أي أنه ليس لمؤمن قتل مؤمن عمداً غير ما كان منه على سبيل الخطأ. واللام في لمؤمن بمعنى عدم المناسبة[49].

321 ـ وضابط الإهمال هو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس، حسبما تقدم توضيحه. ويجري الحكم على مراعاة ذلك في الأحوال التالية: .

ـ يضمن المعلم لو ضرب المتعلم ضرباً جاوز حد المعتاد فيما نص عليه ابن فرحون[50].

ـ لو تحامل الماء على الجسور ولم يكن الذي جسَّرها احتاط فيها فإنه يضمن. وكذا لو احتاط في تجسيرها وأغفل تسريح المياه حتى كسر الجسر وفاض عنه إلى أرض الجار فإنه يضمن[51].

وكثيراً ما يدل الضرر أو النتيجة بذاتها على مجاوزة المعتاد أحياناً، كما في حالة انتقال الماء إلى أرض الجار، فإنه إما أن يكون بسبب الغفلة عن تسريح المياه وتصريفها أو

---

(47) التبصرة: 347/2.

(48) التوضيح: 462/2.

(49) انظر جمع الجوامع: 10/2، وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني: 152.

(50) تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك: 349/2.

(51) السابق: 350/2 .

بعدم الاحتياط في تجسيرها. ولا يحتاج المدعي في هذا المثال لإثبات مجاورة المدعى عليه المعتاد وتحديد نوع الإهمال أو الغفلة نظراً لوضوح تفريطه. بمجرد تسرب المياه إلى أرض جاره؛ فإن الذين يلتزمون بالمعتاد لا تتسرب المياه التي يسرحونها لأرضهم. ويشبه هذا على سبيل المقارنة الأساس المعروف في القانون الانجليزي للحكم بالإهمال والتقصير في الأضرار التي يدل وقوعها على وقوع الإهمال وعدم التحوط. وهذا الأساس هو أن الأشياء تفصح عن نفسها Things Speak for itself. ويستند هذا الأساس إلى إعمال المعروف والمعتاد بين الناس الذين كثيراً ما ينسبون عملا من الأعمال إلى الغفلة أو الإهمال بالنظر إلى نتيجته دون بحث في ملابسات وقوعه والظروف التي تم فيها. والقاعدة التي يسوقها عدد من الفقهاء أن الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية بل على الاعتقادات العرفية[52]. ومن شأن تطبيق هذا الأساس أن ييسر الحكم بالضمان في جميع أحوال الضرر الدالة على عدم التحرز والتحوط. وتفريعاً على ذلك فإن من وضع جرة على سطح فتدحرجت على سائر في الطريق وجب الضمان على واضعها لدلالة سقوطها في الطريق على إهماله، ولأن الناس الذين يضعون جرارهم على أسطحهم بشيء من التحوط والتحرز لا تقع جرارهم على رؤوس السائرين. ويجب لهذا الحكم بالضمان على واضع الجرة إذا تدحرجت ووقعت على أحد الناس. ولا يلتفت لقول من قال بعدم الضمان إذا وقعت بتحريك الريح لها عن موقعها، لأن القوى الطبيعية لا تدخل في الاعتبار عند تقرير المسئولية، وإلا لانتفت المسئولية في جميع الأحوال لتدخل قوة الجاذبية الأرضية دائماً ولا فرق بينها وبين قوة الريح من هذا الجانب. وفي ضوء ذلك نفهم قول ابن مفلح (وضع شيئاً على علو كجرة وضعها على سطحه فرمتها الريح على إنسان فتلف لم يضمنه على المذهب، لأن ذلك كان بغير فعله، ووضعه لذلك كان في ملكه. وقيل يضمن إذا وضعها متطرفة. جزم به في الوجيز، لأنه تسبب إلى إلقائها وتعدى بوضعها)[53].

الفرع الثاني: الغرور

322 ـ الغُرور في اللغة هو الخداع من باب قعد، ودار الغَرور، أي الدنيا لأنها تخدع بزينتها، اسم فاعل كرسول يفيد المبالغة. وغر الشخص يغر من باب ضرب خدعه، وغره الشيطان. ومنه قوله تعالى: ﴿يا أيها الإنسان ما غرك بربك الكريم﴾ بمعنى جرأك عليه وصرفك عنه. وغرر به تغريراً عرضه للهلكة، ومنه غرر بنفسه وماله. واغتر فلان معناه غفل وبكذا خدع به. واستغر اغتر وغفل. والغرارة والغفلة وحداثة السن، كما في قولك كان ذلك على غرارتي وحداثة سني[54].

(52) تخريج الفروع: 226.

(53) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح: 344/8.

(54) المصباح، والمحيط، ولسان العرب، والمنجد، والمعجم الوسيط.

ويدور التعريف الاصطلاحي للغرور على معنيين:

أولهما: بمعنى المخاطرة في حصول المعقود عليه، وإنما يطلق بهذا المعنى في تعريفهم له في أبواب العقود. ومن هذا القبيل تعريف السرخسي للغرر بأنه ما يكون مستور العاقبة[55]، وتعريف الكاساني له بأنه عبارة عن الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك[56]، وتعريف المازري بأنه هو ما تردد بين السلامة والعطب[57]، وتعريف ابن عرفة بأنه هو ما شُكَّ في حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالباً[58]. وتعريف القرافي له أن هو الذي لا يدري يحصل أم لا كالطير في الهواء والسمك في الماء[59]. ولا يختلف عن ذلك تعريف الشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية للغرر بهذا المعنى[60].

- والثاني: حمل الغير على التصرف الضار بنفسه أو ماله بإرادته واختياره بتزيين هذا التصرف له وإقناعه به. وإنما يرد بهذا المعنى باعتباره من التعدي بالتسبب الموجب للضمان. ومن هذا القبيل تعريف البجنوري له بأنه عبارة عن (صدور فعل عنه أوجب الضرر عليه بواسطة انخداعه عن آخر ولو لم يكن ذلك الآخر قاصداً لانخداعه، بل هو أيضاً كان مخدوعاً أو كان جاهلاً ومشتبهاً. وعلى كل حال يشترط في كونه مغروراً أن يكون جاهلاً بترتب الضرر على فعله، بحيث لا يتدارك، لأنه من الممكن أن يكون مغروراً مع علمه بترتب الضرر على فعله للقطع بتداركه)[61].

ويشمل هذا التعريف العام للغرر أنواع التصرفات الفعلية والقولية التي تؤثر على إرادة الغير وتقنعه بالسلوك مسلكا يؤدي إلى الإضرار به إذا لم يكن عالماً بترتب الضرر على فعله على النحو الذي حدث له. من ذلك أن يقنعه بالدخول مع الغير في تجارة فإذا هذا الغير مفلس أو يعطيه معلومات مضللة وكاذبة عن المركز المالي أو الأسعار في السوق بما يحمله على التصرف تصرفاً يؤدي إلى ضرره. ويقترب الغرور بهذا الإطلاق العام من المعنى اللغوي، حيث يصح أن أقول إنني خدعت بمنظر الجو في الصباح ولم أتخذ الملابس المناسبة، مما يجعلني أحس بالبرد الآن.

---

(55) المبسوط: 194/2.

(56) البدائع: 163/5.

(57) جواهر الإكليل: 12/2.

(58) الدسوقي: 55/3.

(59) الفروق: 265/3،150/1.

(60) مغني المحتاج: 12/2، والمهذب: 269/1، والقواعد النورانية لابن تيمية: 116، وزاد المعاد لابن قيم الجوزية: 268/4.

(61) القواعد الفقهية للبجنوري: 225/1.

ويميز الفقهاء بين نوعين من الغرور الموجب للضمان، أولهما الغرور القولي والآخر الغرور العملي.

أما الغرور القولي: فهو أن يحمل الغار المغرور على التصرف وفق ما يريده بتزيين هذا التصرف والحث عليه بعبارات تفيد ذلك على نحو مباشر أو غير مباشر. وإنما يستوجب الضمان إذا وقع الضرر نتيجة مألوفة لهذا الغرور في مجاري العادات، بأن يغلب في مثل هذه الحال وقوع المغرور تحت تأثير الغار حتى يصدق ما زينه له وتطمئن إليه نفسه. أما إذا كان في حال لا يغلب فيها تصديق الغار ولا الاطمئنان إلى ما يزينه فلا يجب الضمان[62]. من ذلك أن يذهب إنسان إلى صيرفي لفحص الدراهم أو الدنانير فيحكم بجودتها ثم يظهر زيفها فإن هذا الصيرفي يضمن.

ويوجب الغرور الفعلي الضمان كذلك، وذلك كأن يستأجر بنّاء لإقامة حائط فيقع الحائط بعد إقامته مباشرة. ومن هذا القبيل أن يدفع السمسار ما قبضه من الناس لبيعه إلى أحد موظفيه، مع معرفته بخيانته أو بعدم دقته في الحفظ، فإذا ضاعت أموال الناس كانت مضمونة على هذا السمسار[63]. ولو استأجر دابة للحمل وصاحبها يعلم أنها دابة عثور ولا يعلم المستأجر ذلك فإن صاحبها يضمن ما تفسده هذه الدابة بعثارها[64].

323 ـ وهناك اتجاهان في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بإيجاب الغرور للضمان.

الاتجاه الأول هو اتجاه المضيقين الذين لا يوجبون الضمان بالغرور إلا في ثلاثة مواضع:

1 ـ أن يكون ضمن عقد من عقود المعاوضة. وهذا هو ما نصت عليه المادة 658 من مجلة الأحكام العدلية، ولفظها: (لو غر واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره. مثلاً: لو اشترى عرصة وبنى عليها ثم استحقت وضبطت أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم. وكذا لو قال لأهل السوق هذا الصغير ولدي، بيعوه بضاعة فإني أذنته بالتجارة، ثم بعد ذلك ظهر أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها من الصبي).

ويتفرع على ذلك أنه لو آجره حيوانا على أنه ملكه فهلك في يد المستأجر ثم ظهر له مستحق فضمن المستأجر قيمته بحكم كونه غاصب الغاصب فللمستأجر أن يرجع على

---

(62) حاشية ابن عابدين: 179/4، وتبيين الحقائق: 145/6، والمهذب: 183/1.

(63) مجمع الضمانات: 52.

(64) الخرشي: 31/7، وحاشية الدسوقي: 445/3.

المؤجر بمثل ما ضمن، لأنه هو الذي غره. ومن جنسه أن ينتج الصانع بضاعة معيبة ويبيعها فإذا أضرت بالمستهلك لزمه الضمان.

2 ـ أن يضمن الغار صفة السلامة للمغرور، كما لو قال له اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإذا ضاعت بضاعتك أو أصبت بضرر فإني أضمنه لك. فإذا سلك الطريق الذي أراده الغار وضاعت البضاعة أو تلفت أو سرقت فإنه يضمنه، بناء على ما ألزم هو به نفسه[65]. أما إذا لم يزد على مجرد النصح بأن قال له اسلك هذا الطريق ولم يلتزم بضمان فإن الأصل ألا يضمن، لأنه ما زاد على الإخبار بما يراه هو مما لا يعد من التعدي الموجب للضمان، إلا إذا اقترن نصحه هذا بما يكسبه وصف التعدي كالنية والقصد إلى الإضرار، وكالإهمال في أداء الواجب. ولهذا لو قال له كل هذا الطعام فإنه طيب فاكله وكان الطعام مسموما فهو ضامن لتعديه بقصده أو بتقصيره، خلافاً للأحناف الذين طبقوا على هذا المثال قاعدة تضمين المباشر إذا اجتمع فعله مع فعل المتسبب في إنشاء الضرر. ولا يخفى ان الأحناف أنفسهم لا يطلقون تطبيق هذه القاعدة ويخالفونها في الأحوال التي تقوي نسبة الضرر إلى فعل المتسبب، كما في حالة شهادة الزور. وعلى مذهب الجمهور في إيجاب الضمان على الغار بتقديم الطعام المسموم على أنه طيب فإن الضمان يلزم صاحب المطعم الذي يقدم الطعام لعملائه، ثم يكتشف أحدهم أن بالطعام المقدم إليه بقايا حشرة أو غيره مما تعافه النفس ويؤدي إلى الضرر[66]. ومنه كذلك أن يهدي لأحد هدية، وبها عيب من العيوب، فما ينشأ عنها من ضرر يلزم الغارَّ الضمان، وذلك كأن يشتري لعبة من لعب الأطفال ويكتشف وجود عيب بها يمكن أن يتسبب في إضرار من يلعب بها من الصغار، لكنه يهديها لأحد الصبية بدلاً من ردها إلى من اشترها منه، فإذا أضرت ببدن الصبي أو ماله وجب ضمان ذلك الضرر على الْمُهْدِي، لتعديه بالتسبب في هذا الضرر[67].

3 ـ إذا كان الغرور في أمر يعود نفعه إلى الغار، كما لو أودع وديعة عند رجل فهلكت عنده بدون تعديه ثم ظهرت مستحقة للغير فضمنها فإنه يرجع بما ضمنه على المودع، لكونه يعمل لمصلحته، ويده نائبة عنه في حفظها. أما المستعير فإنه لا يرجع على المعير إذا ظهرت العارية مستحقة لغير المعير في رأي الجمهور لأنه يعمل لمصلحة نفسه في قبض

---

(65) واقعات المفتين، مجموعة فتاوى قدري أفندي: ص 126 ، وجامع الفصولين: 116/2.

(66) انظر في ذلك قضية Donoghue V. Stevenson التي حكم فيها عام 1932 والتي تتلخص وقائعها في تقديم أحد الناس زجاجة شراب لصديقته، التي وجدت بها بقايا حشرة دخلتها قبل تعبئة الصانع للزجاجة بالشراب، فحكم على هذا الصانع بالضمان، حسبما أشير إلى ذلك فيما سبق. Tort Law, Dias P. 40.

(67) تتأسس مسئولية المنتج قبل المستهلك المعروفة في قوانين الضمان الحديثة Producer and Comsunner على إيجاب الضمان بالغرور في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي باعتبار أن الغش في السلعة المنتجة من التعدي بالتسبب الموجب للضمان.

العارية وانتفاعه بها فوجب عليه ضمانها[68].

ويتخرج على ذلك في تقديري أن من يطلب أجيراً ليعمل عنده في أمر ما فإنه يضمن ما غره به من ضرر في البدن أو المال؛ فلو أن شركة تعدين كلفت أجراءها بالعمل في أحد مناجمها، ولم تتخذ من الإجراءات ما يلزم لأمن هؤلاء العمال فإنها تكون غارّة بهم، ويجب على هذه الشركة ضمان ما يعرض لهم من ضرر. ورغم دخول هذا النوع من التعدي في المفهوم العام للإهمال فلا يخفى أنه من الغرور وتعريض الغير للتهلكة.

وشروط الغرور الموجب للضمان على هذا الاتجاه هي:

الشرط الأول: جهل المغرور بالضرر. **الثاني**: أن يتسبب الغار في الضرر على نحو يضاف إليه. **والثالث**: أن يتعدى الغار في فعله بقصد أو إهمال وإلا لم يجب الضمان للمشروعية. **والرابع**: أن يجري الغرور في عقد من عقود المعاوضة أو في تصرف يرجع نفعه للغار أو إذا رضي الغار بالضمان. ويشترط البعض مع ذلك نية المخادعة والقصد إلى الغرور باشتراطهم معرفة الغار بالضرر المتوقع في مقابل جهل المغرور. ويقترب مفهوم الغرور Deciet في القانون الانجليزي بهذا الشرط الأخير من مفهومه لدى أصحاب هذا الاتجاه الضيق.

أما الاتجاه الثاني الذي يتسم بالتوسع في تحديد مفهوم الغرور الموجب للضمان فلا يشترط أنصاره نية الغش لدى الغار، ويعبر التعريف السابق الذي أورده البجنوري للغرور عن هذا الاتجاه. ودليلهم لتضمين الغار، وإن لم يقصد الغرور وكان هو الآخر مخدوعاً أو جاهلاً أو مشتبهاً، أنه لا يشترط لتحقق فعل من الأفعال قصد الفاعل، فأنت تقوم أو تقعد وإن لم تقصد الإتيان بأي منهما، وهو يغرك بكلامه أو بفعله، وإن لم يقصد هو تحقيق هذه النتيجة. ومن يوهم أحداً بأنه ينتفع بفعل من الأفعال يصدق عليه أنه غره وخدعه إذا طاوعه وإن لم يكن قاصداً لخداعه. ومن أدلتهم على مذهبهم عموم ما روي عنه ﷺ من قوله: «المغرور يرجع على من غره». ولا معنى لرجوع المغرور على من غره إلا بإيجاب الضمان عليه. ومن أدلتهم كذلك أنه لا يشترط القصد لوجوب الضمان في عموم الأحوال.

ومن تطبيقات ذلك أن الفضولي إذا كتم صفته عن المشتري وتضرر بذلك حق له الرجوع على هذا الفضولي. ولا يبعد أن يدخل في هذا الضرر المضمون ما يحدث عادة من تعجل بيع بعض الناس لممتلكاتهم بأقل من ثمن المثل استعداداً لدفع الثمن بعد

---

(68) انظر الخلاف في تضمين المستعير في المذاهب الفقهية في: بداية المجتهد لابن رشد: 235/2، والبدائع 217/6، والمادة 813 من العدلية والمادة 772 من المرشد والمادة 1306 من مجلة الأحكام الشرعية، وحاشية الدسوقي 436/3.

الاتفاق المبدئي على الشراء. ومنه كذلك رجوع المحكوم عليه بالخسارة على شاهد الزور من جهة تغريره للحاكم وتسببه بهذا التغرير في تلك الخسارة وكذلك لو أخطأ الشاهدان أو كانا جاهلين ولم يقصدا إلى التزوير فإن الواجب هو إلقاء الضمان عليهما، بحكم عدم اشتراط القصد عند أصحاب هذا الاتجاه. ومنه كذلك أن يقدم الغاصب الطعام المغصوب للضيف فيأكله، فإن من حق المغصوب منه أن يضمن الآكل، لمباشرته الإتلاف، وإن حق لهذا الآكل الرجوع على الغاصب لأنه هو الذي غره. وكذلك لو قال للخياط إن كان هذا يكفي قباء فاقطعه فقطعه وتبين عدم كفايته فإن الضمان على الخياط طبقاً لهذا الاتجاه، وإن لم يقصد الغرور. وكذلك لو أعار أحد متاعاً إلى الغير، وهو لا يملكه، ثم استحق وضمن المستعير لصاحبه منفعة الشيء المستعار، فإن للمستعير الرجوع على المعير لأنه غَرَّه.

ويلزم على هذا الاتجاه لذلك أن (كل ما يغرمه الشخص الجاهل بالواقع ويخسره بواسطة فعل شخص آخر أو قوله أو إخفاء عيب فيما بيده. . له أن يرجع إلى الذي غره وإن كان الغار أيضاً جاهلاً مشتبهاً)[69]. ويعد مخفياً للعيب الذي في يده من يطلق عليه في القانون الانجليزي صاحب الفرصة الأخيرة Last Opportunity في اكتشاف عيب السلعة المبيعة قبل ترويجها بين جمهور المستهلكين[70].

324 ـ القانون الانجليزي: لم يعترف القانون الانجليزي بالغرور Deciet سبباً للضمان إلا في نهاية القرن الثامن عشر حين صدر الحكم عام 1789 في قضية Pasley v. Free man والتي اتخذت وقائعها شكلاً أحدث في قضية Derry V. Peek . ويرجع الحكم في هذه القضية إلى سنة 1889. ذلك أنه كان قد صدر قانون بإنشاء شركة لتسيير خطوط الترام، متضمناً النص على حق هذه الشركة في الأخذ بالطاقة البخارية بدلاً من الاعتماد على القوة الحيوانية في تسيير الترامات على هذه الخطوط، شريطة موافقة الإدارة التجارية Board of Trade . وقد أعلن مديرو الشركة في منشورهم ما يفيد ذلك، مما كان له أثره على شراء أسهم هذه الشركة عند عرضها للاكتتاب العام. وفيما بعد رفضت هيئة التجارة Board of Trade هذا الحق ومنعت الشركة من تسيير تراماتها بالطاقة البخارية فانخفضت قيمة أسهمها تبعاً لذلك. وقد رفع المدعي، وهو أحد المساهمين، قضية على الشركة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار، ولكن مجلس اللوردات The House of Lords رفض هذا الطلب. بناء على انعدام نية الغش لدى هؤلاء المديرين[71].

ويشترط القانون العرفي في الغرور الموجب للمسئولية الشروط التالية:

---

(69) القواعد الفقهية للبجنوري: 238/1.

(70) Tort Law, Dias P. 104 .

(71) السابق: ص 187,185.

1 ـ وجود التعبير الخادع على نحو ينافي الحقيقة والواقع، سواء صدر هذا التعبير شفاهية أو كتابة أو اتخذ شكل السلوك مسلكاً عملياً، كما في قضية R.V.Barnard (1837) الذي دخل محلا في أكسفورد، متحليا بالزي الجامعي وهو ليس من المنتسبين إليها مما حمل صاحب المحل على الثقة فيه.

2 ـ أن يتعلق هذا التعبير الخادع بحقائق الواقع لا بالانطباعات عن المستقبل أو الآراء، ففي قضية Wales v. Wadham (1977) اعتبر تصريح إحدى النسوة بأنها لن تتزوج مرة أخرى من قبيل الحديث عن المستقبل، وهو ليس غروراً لذلك. أما في قضية (1885) Edgington v. Fitzmaurice فقد أدى سوء التعبير عن الهدف من إصدار السندات إلى إيجاب المسئولية. وتعد الفتوى القانونية من الغرور كذلك إذا تضمنت مخالفة صريحة لنصوص القانون، كأن تستند الفتوى إلى خطأ في نقل نص مادة قانونية. وفي قضية The West London Commercigal Band v. Kiston (1884) قامت مسئولية المدعى عليهم بإعلانهم الكاذب عما خوله القانون لهم من التعامل في السفاتج[72] (الكمبيالات).

3 ـ نية الغش والتدليس لدى الغار، وإلا لم يكن غاراً. ويوضحه حكم مجلس اللوردات The House of Lords في قضية شركة الترام التي سبقت الإشارة إليها، حيث لم يعد إعلان المديرين للشركة عن حقها في تسيير تراماتها بالطاقة البخارية موجباً للمسئولية لسلامة طوية هؤلاء المديرين وعدم قصدهم إلى التغرير بأحد. لكن عبء إثبات النية السيئة لا يقع على عاتق المدعي، وإنما يفترض قصد المدعى عليه إلى التغرير إذا لم يطابق قوله الواقع على نحو أضر بالغير، مع إعطائه الحق في نفي هذا الافتراض بوسائل النفي المعهودة.

4 ـ تصرف المدعي على وفق قصد المدعى عليه تصرفاً أضر به. أما لو لم يغتر المدعي بكلام الغار فلا تنشأ المسئولية. وإنما اشترط هذا الشرط ليتحقق شرط الضرر والسببية[73].

ويلاحظ الكاتبون في التعديات الموجبة للضمان أن الضرر في أكثر قضايا الغرور المعروضة على المحاكم من قبيل الضرر المالي وأن عدداً محدوداً من هذه القضايا هو الذي يتعلق فيه الضرر بالبدن الإنساني[74].

وتدل هذه المقارنة على سبق الفقه الإسلامي للقانون العرفي الانجليزي في إيجاب

---

(72) Dias P. 185.

(73) السابق: 186.

(74) السابق: ص 184.

الضمان بالغرور، كما تدل على أن اتجاهات القانون العرفي في ضبط أحكام الغرور الموجب للمسئولية لا تخرج عن الاتجاهات الفقهية في ضبط أحكام هذا النوع من التعدي.

الفرع الثالث: الحيلولة

325 ـ تدل كلمة حال في اللغة على معنى التعرض والمنع، كما في قوله تعالى: ﴿وحيل بينهما وبين ما يشتهون كما فعل بأشياعهم من قبل إنهم كانوا في شك مريب﴾ (سبأ: 54). ومعناه كما جاء في تفسير القرطبي (حيل بينهم وبين النجاة من العذاب، وقيل: حيل بينهم وبين ما يشتهون في الدنيا من أموالهم وأهليهم. ومذهب قتادة أن المعنى أنهم كانوا يشتهون لما رأوا العذاب أن يقبل منهم أن يطيعوا الله جل وعز وينتهوا إلى ما يأمرهم به الله فحيل بينهم وبين ذلك، لأن ذلك إنما كان في الدنيا، وقد زالت في ذلك الوقت). ومنه أيضاً قوله تعالى: ﴿وحال بينهما الموج فكان من المغرقين﴾ (هود: 43). وقوله: ﴿واعلموا أن الله يحول بين المرء وقلبه﴾ (الانفال: 24)، أي يلقي في قلب المرء ما يحجزه عن مراده، ويغير عليه نيته[75]. ومن الواضح لذلك أن أصل حال هو حول قلبت الواو ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها. ومصدره حَوْلٌ الذي يرد بمعنى الحوال، وهو كما جاء في لسان العرب كل شيء حال بين اثنين، يقال هذا حوال بينهما أي حائل كالحاجز والحجاز. وفي هذا المعنى تقول حلت بينه وبين الشر، وأحول بينهما أشد الحول والمحالة. ونقل بعض أهل اللغة أنه يقال حال الشيء بين الشيئين يحول حولاً وتحويلاً أي حجز، كما يقال حلت بينه وبين ما يريد حولاً وحؤولاً، وكل ما حجز بين اثنين فقد حال بينهما حولاً، واسم ذلك الشيء الحوال[76]. وقد فسر قوله ﷺ: اللهم بك أصول وبك أحول بمعنى أي بك أدفع وأمنع، من حال بين الشيئين إذا منع أحدهما من الآخر[77]. ولم أجد حيلولة مصدراً للفعل حال في لسان العرب ولا في القاموس المحيط، وإنما وجدته في المنجد.

وقد نص السيوطي على الحيلولة بين أسباب الضمان التي فصلها بقوله: (أسباب الضمان أربعة، **أحدهما**: العقد كالمبيع والثمن العين قبل القبض والسلم والإجارة. **الثاني**: اليد مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة والوكالة والمقارضة إذا حصل التعدي أو لا كالغصب والسوم والعارية والشراء فاسدا. **الثالث**: الإتلاف، نفساً أو مالا. **الرابع**:

---

(75) معجم ألفاظ القرآن الكريم، انتشارات ناصر خسرو.

(76) لسان العرب 187/11، دار المعارف.

(77) السابق: 189/11 .

الحيلولة)[78] . ولا يعني كونها في مقابلة أسباب الضمان الأخرى (العقد واليد والإتلاف) اختلافها عنها مغايرتها لها، إذ الحيلولة لا تخلو أن تكون نوعاً من التسبب في الإتلاف أو الحيازة غير المشروعة للمال على نحو يمنع صاحبه من التصرف فيه وممارسة حقوقه فيه. وتعريف الحيلولة في الاصطلاح الفقهي هي منع صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو يؤدي إلى الإضرار بهذا الغير في نفسه أو ماله، وذلك بالتصرف تصرفاً غير جائز، قولاً كان أو فعلاً.

ويشير الزركشي إلى التفريق بين الحيلولة القولية والفعلية بقوله: (الحيلولة بين المستحق وحقه ضربان قولية وفعلية، فالفعلية توجب الضمان قطعاً كالغصب. وفي القولية قولان، أصحهما نعم، كما لو قال هذه الدار لزيد، بل لعمرو، فإنا نحكم بكونها لزيد ويغرم لعمرو قيمتها في الأصح)[79]. ومعناه أنه لو أقر بأن الدار التي في يده لزيد فإنه يستحقها، ثم لو أقر بها لعمرو بعد ذلك فإنه يغرم لعمرو قيمتها، لأنه حال بين عمرو وبين أخذ الدار بإقراره بها لزيد.

326 ـ والحيلولة بهذا مفهوم عام، يشمل عدداً من التصرفات القولية والفعلية التي يمكن ردها إلى الصور التالية:

الصورة الأولى: الاستيلاء على حق من حقوق الغير، سواء كان هذا الحق عيناً أو منفعة. وتترادف هذه الصورة للحيلولة مع الغصب، وحكمها كحكمه في إيجاب الضمان.

الصورة الثانية: التسبب في الحيلولة بين المال وبين مالكه، بحيث لا يمكنه الانتفاع به أو التصرف فيه، كما لو سلم الوديع أو المستعير أو المرتهن المال لغير مالكه، فإن هؤلاء يضمنونه للحيلولة وإن لم يترتب عليها تلف المال. ولا يرجع ضمانها إلى الغصب لخلوه من معنى الاستيلاء الذي يعد سبباً فيه أو شرطاً له باتفاق المذاهب، والغاصب في هذه الأحوال هو آخذ المال من هؤلاء. ويختار المالك بين تضمينهم لتعديهم بالحيلولة وبين تضمين الآخذ منهم لتعديه بالغصب ويجب على الحائل دفع قيمة المال لمالكه في الحال، ويستردها إذا عاد المال لصاحبه.

ومن التسبب في الحيلولة بين المال ومالكه أن يتصرف الغاصب في المغصوب تصرفاً يؤدي إلى هذه الحيلولة، كبيعه للغير أو الانتقال به إلى مكان آخر بحيث تتطلب إعادته إلى مكانه السابق نفقات لا يرضاها المالك فإن له حينئذ أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب للحيلولة التي ترتبت على نقل المغصوب إلى بلد آخر وعدم تيسر رده في بلد غصبه. ولا

(78) الأشباه والنظائر للسيوطي: 362.

(79) المنثور في القواعد: 89/2.

ينقطع حق المالك في المغصوب ما بقي قائماً وإن دفع الغاصب قيمته، لأنه لا يدفعها على وجه المعاوضة، ولذا يحق للمغصوب منه رد القيمة وأخذ المغصوب إذا ظهر بعد ذلك وأمكن رده لمالكه، خلافاً للأحناف الذين رأوا استقرار ملك المغصوب للغاصب إذا دفع قيمته، لأنه يدفعها على وجه المعاوضة، حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد. وفي المهذب أنه (إن ذهب المغصوب من الغاصب وتعذر رده بأن كان عبداً فأبق أو بهيمة فضلت كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة، لأنه حيل بينه وبين ماله فوجب له البدل، كما لو تلف)[80].

الصورة الثالثة: التسبب في الحيلولة بتصرف جائز شرعاً، كما (إذا ادعى عيناً غائبة عن البلد، وسمع القاضي البينة، وكتب بها إلى قاضي العين ليسلمها للمدعي بكفيل لتشهد البينة على عينها، وفي هذا حيلولة بين الرجل وماله قبل إقامة البينة. قال الفوراني: ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة. وهو قضية كلام الماوردي أيضاً)[81]. ومعناه أنه إذا أراد المدعي إحضار العين المتنازع عليها إلى مجلس القضاء دفع قيمتها للمدعى عليه، لأنه حال بذلك بين الرجل وماله قبل إقامة البينة. ويختلف ذلك عن الصور السابقة للحيلولة من جهة أن التصرف في هذه الصورة جائز شرعاً.

الصورة الرابعة: منع الشخص من رعاية ماله أو حفظه على نحو أدى إلى إتلافه. من ذلك أن يريد رجل سقي أرضه أو زرعه من مجرى له فجاء آخر ومنعه الماء حتى فسد زرعه أو يمنع الراعي حتى ضاعت المواشي[82]. ومثله (ما لو حبس المتاع عن ربه حتى أخذه اللص ونحوه)[83]. وللعلماء في ذلك المذاهب التالية:

1 ـ عدم إيجاب الضمان بهذا النوع من الحيلولة مطلقاً، وهو مذهب بعض الأحناف الذي ينقله ابن الشحنة. وعبارته في ذلك: (رجل أراد سقي أرضه أو زرعه من مجرى له فجاء رجل ومنعه الماء ففسد زرعه قالوا لا شيء عليه، كما لو منع الراعي حتى ضاعت المواشي)[84]. ويُنْقَلُ عن العمادي الحكم بعدم الضمان فيما لو حبس رجلاً حتى ضاع ماله. ولا يضمن عند بعض الأحناف من يقف إلى جوار دابة ويمنع صاحبها عنها حتى هلكت. بل يرى بعض الأحناف كذلك أن من قتل رجلاً معه مال ولم يأخذه حتى تلف أو ضاع أنه لا يكون مسئولاً إلا عن القتل ولا يكون مسئولا عن ضياع المال أو تلفه[85]. وهو

(80) المهذب: 368/1، ومغني المحتاج: 283/2.

(81) المنثور في القواعد: 91/2.

(82) لسان الحكام لابن الشحنة: 404.

(83) الخرشي: 140/6، والدسوقي: 452/3.

(84) لسان الحكام: 404.

(85) السابق: 306.

مذهب بعض الشافعية أيضاً؛ ففي مغني المحتاج أن من (ذبح شاة رجل فهلكت سخلتها أو حمامة فهلك فرخها ضمنها لفقد ما يعيشان به. فإن قيل لو حبس المالك عن ماشيته، ولو ظلماً فهلكت لم يضمنها فهلا كان ذلك كذلك؟ أجيب بأن التالف هنا جزء أو كالجزء من المذبوح بخلاف الماشية مع مالكها وبأنه هنا أتلف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه ثم. ولو أراد سوق الماء إلى النخل أو الزرع فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت لم يضمن كما في زوائد الروضة، كما لو حبس المالك عن الماشية، خلافاً لما صححه في الأنوار من الضمان)[86].

2 ـ إيجاب الضمان مطلقاً، وهو مذهب المالكية والحنابلة وبعض الأحناف، فقد سئل الشيخ نظام الدين من الأحناف عن رجل ختم ماء أرز حتى هلك الأرز هل يضمن فأجاب بأنه يضمنه بكونه سبباً للتلف[87]. وقد أخذت المجلة بهذا الرأي، ففي المادة 922 أنه لو (سد واحد ماء أرض لآخر أو ماء روضته وييست مزروعاته ومغروساته وتلفت أو أفاض الماء بزيادة ففرغت المزروعات وتلفت كان ضامناً). ويلتحق بذلك أن يمنع الحيوانات عن صاحبها. ولا فرق في الواقع العملي بين أن يكون ذلك بفعل في المال أو في مالكه، لانتساب التلف عرفاً إلى هذا الفعل دون غيره فوجب الضمان به. وهو مذهب المالكية، فعندهم أن من حبس المتاع عن ربه حتى أخذه لص كان هذا الذي حبسه ضامناً له، سواء تمكن صاحبه من الأخذ من اللص أو لم يتمكن، ويرجع المتسبب على المباشر[88]. والأصح في مذهب الحنابلة تضمين الحائل المتسبب في الإتلاف، فعندهم أن حبس الإنسان الحر مدة تفوت فيها منافعه مما يوجب الضمان للحيلولة. ويبدو أن عدداً من فقهاء الشافعية يصححون إيجاب الضمان بالحيلولة مطلقاً، سواء كانت قولية أو فعلية. وهو ما صححه الزركشي. ويوجب الشافعية الضمان (على الشاهدين إذا رجعا بعد الحكم بالطلاق، لأنه لا يمكن تداركه بالتصادق والاتفاق، وكل من حال بين رجل وبضعه غرم مهر المثل كالرضاع والشهود الراجعين.. واعلم أن الإمام الشافعي نص على أن من أفسد على الزوج النكاح بالرضاع يلزمه نصف مهر مثلها، ونص في شهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة قبل الدخول بلزوم غرم جميع المهر، فقيل قولان، بناء أو تخريجاً)[89]. وجاء في لسان الحكام كذلك أنه إذا كان لرجل نوبة ماء في يوم معين من الأسبوع، فجاء رجل وسقى أرضه في نوبته فإن غاصب الماء يكون ضامناً فيما ذهب إليه الشيخ علي البزدوي من علماء الأحناف[90].

(86) مغني المحتاج: 278/2.

(87) لسان الحكام: 306.

(88) حاشية الدسوقي: 452/3، والخرشي: 140/6.

(89) المنثور في القواعد 90/2.

(90) لسان الحكام: 404.

3 ـ إيجاب الضمان مقيد بأن تكون الحيلولة بفعل في المال لا في صاحبه، فقد نقل ابن الشحنة عن العمادي أن من حبس رجلاً حتى ضاع ماله لا يضمن، بخلاف ما إذا حبس المال من المالك وضاع فإنه يضمن[91]. وإنما يشترط الأحناف هذا الشرط بناء على اشتراطهم في الاستيلاء الموجب للغصب أن يكون بفعل في المال لا في مالكه، فضلاً عن عدم وضوح التفرقة بين الغصب والحيلولة في إيجاب الضمان لديهم. ويقيد بعض الأحناف إيجاب الضمان في الحيلولة بين المالك والمال بأن يكون هذا المال من المنقولات؛ ففي جامع الفصولين أنه (إذا حال بينه وبين أملاكه حتى تلفت لم يضمن. ولو فعل ذلك في المنقول ضمن)[92]. ومرد هذا التفريق في الحيلولة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف في جريان الغصب في المنقول دون العقار، خلافاً لمحمد بن الحسن الذي أجرى الغصب في العقار والمنقول على السواء. وهو يدل على أن الذين أوجبوا الضمان مطلقاً بالحيلولة من الأحناف قد رجحوا مذهب محمد.

ويترجح لي الحكم بإيجاب الضمان مطلقاً بالحيلولة، شريطة أدائها إلى التلف ونسبة الضرر إلى حدوثها في المجرى العادي للأمور، بناء على المبدأ القطعي القاضي بمسئولية كل امرىء عما كسب، وبناء على افتراق الحيلولة من الغصب في إيجاب الضمان في هذه الصورة. وإذا لم يكن هناك خلاف بين الفقهاء في إيجاب الضمان بالحيلولة في الصور الثلاث المتقدمة فيتحصل أن الحيلولة سبب للضمان.

الفرع الرابع: الدعوى الكيدية والسعاية

327 ـ على الرغم من الإجماع على إنشاء الدعوى الكيدية للمسئولية الجنائية وفرض العقوبة التعزيرية على صاحب هذه الدعوى فقد تناول الفقهاء كذلك ما تسببه هذه الدعوى من مسئولية مدنية أو حق التعويض للمتضرر بها. ولا يخفى أن الدعوى الكيدية Malicious Prosecution نوع من الغرور الموجب للضمان كذلك، وإنما أفردها الفقهاء بالبحث لأهميتها في الواقع العملي وتكرر وقوعها، نظراً للجوء البعض إلى اتهام خصومهم في ساحات القضاء بما يؤذيهم ويضر بهم في سمعتهم وأموالهم، فمست الحاجة إلى الضرب على أيدي هؤلاء بالعقوبات التعزيرية وبتعويض المتهمين عما لحقهم من غرامات وخسائر[93].

328 ـ **والسعاية**: هي رفع الدعوى الكاذبة إلى صاحب سلطة رسمية بما يشمل جماعة الشرطة والهيئة القضائية والسلطان وأعوانه على نحو يؤدي إلى الإضرار بالمتهم.

---

(91) لسان الحكام: 404.

(92) جامع الفصولين: 117/2.

(93) الأشباه والنظائر لابن نجيم: 163.

وإنما تتحقق السعاية الموجبة للضمان لذلك باستجماع الشروط التالية:

1 ـ توجيه أحد دعوى على غيره لجهة تملك المساءلة والعقوبة.

2 ـ ظهور كذب هذه الدعوى بحكم قضائي سابق أو ببحث القاضي الناظر في قضية الضمان.

3 ـ كون الساعي لا حق له فيما ادعاه (من كل وجه)[94].

4 ـ نية التعدي في الادعاء، أو عدم تحوط المدعي وتبصره في المعلومات التي استند إليها في ادعائه.

وتختلف السعاية الموجبة للضمان بذلك عن مجرد الشكوى لغير أصحاب النفوذ من الزملاء أو الجيران، كما تختلف عن النميمة أو الغيبة، من جهة اشتراط كون السعاية بالتوجه إلى سلطة من السلطات الرسمية. أما إيجاب الضمان بالسعاية فيشترط له تعدي الساعي من كل وجه، بنية التعدي أو بإهماله وتسرعه فيما استند إليه من معلومات لتحريك الدعوى. وقد اختلف فقهاء الأحناف في بادىء الأمر في إيجاب الضمان بالسعاية، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم إيجابها للضمان، تغليباً للمباشرة على التسبب واكتفاء بالعقوبة التعزيرية لردع أمثال هؤلاء الذين يقدمون على اتهام غيرهم بالباطل. أما محمد وزفر فقد أوجبا الضمان بالسعاية، وهو الذي رجحه متأخرو الأحناف (لغلبة السعاية في زماننا) بالتعبير الذي تناقله معظم المؤلفين الذين تناولوا أحكام السعاية. ويوضح هذا الذي أجملته النصوص الفقهية التالية:

ـ (لو سعى إلى سلطان ظالم حتى غرم رجلاً، فلو بحق، نحو أن كان يؤذيه وعجز عن دفعه إلا بسعيه أو فاسقاً لا يمتنع بالأمر بالمعروف، ففي مثله لا يضمن. والسعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب يكون سبباً لأخذ المال منه، أو لا يكون قصده إقامة الحسبة)[95].

ـ تفسير السعاية، قال شمس الإسلام: (لو قال عند ظالم فلان وجد مالاً أو أصاب ميراثا أو قال عنده مال فلان الغائب، أو أنه يريد الفجور بأهلي، فإن كان السلطان ممن يأخذ المال بهذه الأسباب كان ذلك سعياً موجباً للضمان إذا كان كاذباً فيما قال. وإن قال إنه ضربني أو ظلمني وهو كاذب في ذلك كان ضامناً)[96].

ـ (لو وقع في قلبه أنه يجيء إلى امرأته أو أمته فرفع إلى السلطان فغرمه، وظهر كذبه لم يضمن الساعي عند الشيخين، وضمن عند محمد وبه يفتي لغلبة السعاية في زماننا).

---

(94) الفتاوى الغياثية: 116.

(95) مجمع الضمانات: 154.

(96) السابق: 155.

وإنما ضمن على المفتي به رغم عدم تعمده الكذب على من اتهمه، ووقوع التهمة في قلبه لتسرعه.

ويشبه ذلك قضية Dr. Abrath v. North Western Ry Co. حيث أصيب شخص يدعى Mc Mann في حادث اصطدام قطارين من القطارات التي تسيرها الشركة. وقد رفع هذا المصاب الأمر إلى القضاء مطالباً بالتعويض عما حدث له، فاضطرت الشركة إلى التصالح معه نظير تعويض مالي كبير، بناء على نصيحة الطبيب المعالج الدكتور (أبراث Abrath). غير أن الشركة قد قام لديها وجود نوع من التواطؤ بين هذا الطبيب وبين المصاب في تقدير مصابه، بناء على ما أظهره التحقيق الذي قامت به إداراتها فأقامت دعوى ضد هذا الطبيب الذي أثبت براءته من هذا الادعاء. ولما حكمت المحكمة ببراءته من هذه التهمة رفع على الشركة دعوى بالتعويض عما لحقه من أضرار. وقد حكمت له المحكمة بتعويض مناسب، بناء على أن الشركة قد تسرعت في رفع الدعوى وأنه لم يكن هناك مبرر كاف للاعتقاد بالتواطؤ بين المصاب والطبيب.

ـ ذكر البزدوي أنه: (لو سعى إلى السلطان فغرمه، روي عن بعض علمائنا أنهم أفتوا بضمان الساعي، وبعضهم فرقوا بين سلطان وسلطان بأنه إذا كان معروفاً بتغريم من سعى إليه ضمن وإلا فلا. قال ونحن لا نفتي به فإنه خلاف أصول أصحابنا، إذ السعي سبب (غير) محض للإهلاك، إذ السلطان يغرمه اختياراً لا طبعاً، ولكن نكل الرأي إلى القاضي، إذ الموضع مجتهد فيه).

ـ (وفي فتاوى القاضي ظهير الدين في الوصايا: ادعى عليه سرقة وقدمه إلى السلطان يطلب منه ضربه حتى يقر فضربه مرة أو مرتين وحبسه فخاف من التعذيب والضرب فصعد السطح لينفلت فسقط عن السطح فمات وقد غرمه في هذا الأمر فظهرت السرقة على يد غيره فللورثة أخذ مدعي السرقة بدية مورثهم وبغرامة أداها إلى السلطان. من الفصولين)[97].

ـ وفي حاشية العدوي أنه إذا (اعتدى على رجل وقدمه للسلطان والمعتدي يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز في ظلمه فأغرمه ما لا يجب عليه فاختلف في تضمينه، فقال كثير: عليه الأدب، وقد أثم، ولا غرم عليه. وكان بعض شيوخنا يفتي إن كان الشاكي ظالماً في شكواه غَرِم، وإن كان مظلوماً ولم يقدر أن ينتصف منه إلا بالسلطان فشكاه فأغرمه وعدا عليه لم يغرم، لأن الناس إنما يلجأون في المظلمة إلى السلطان، وعلى السلطان متى قُدِر عليه رد

(97) السابق، وجامع الفصولين لابن سماوة: 109/2، ومعين الحكام للطرابلسي: 156، ولسان الحكام لابن الشحنة: 313 .

ما أخذه ظلماً من المشكو. وكذا ما أغرمته الرسل[98]. وهو مثل ما أغرمه السلطان يفرق فيه بين من ظلمه الشاكي وغيره)[99]. ويدل ذلك على تردد المالكية في التضمين بالسعاية وترجيحهم إيجاب الضمان بها، شريطة تعدي الشاكي.

ـ وفي كشاف القناع:(إذا ظهر كذب المدعي في دعواه بما يؤذي به المدعى عليه عزر لكذبه وأذاه للمدعى عليه... ويلزمه ما غرمه بسببه ظلما لتسببه في غرمه بغير حق)[1]. ويفرق في المذهب الحنبلي بين (الاستعداء) أو الخصومة القضائية الظالمة وبين ما لم يكن ظلماً، فيضمن المستعدي شريطة ظلمه، (وقيد الاستعداء في المحرر والمبدع بما إذا كان إلى جماعة الشرطة)[2] لإيجاب الضمان به.

ومن هذا يتضح أن المضمون بالسعاية هو الضرر الذي ينسب إليها، سواء تعلق هذا الضرر بالأموال أو الأبدان والنفوس، كما يتضح أن السعاية أعم من الشكاية والاستعداء في خصومة قضائية وإن كانت الشكاية الظالمة أهم تطبيقاتها الحديثة، وهي بهذا أعم مما يصطلح عليه في القانون العرفي الانجليزي Malicious Prosecution الذي يختص بالشكوى القضائية الظالمة أو التي لا تستند إلى أساس معقول يبررها.

الفرع الخامس: شهادة الزور

يضمن الشهود إذا خالفوا ما أوجبه الشارع عليهم من أداء الشهادة على وجهها ما ترتب على شهادتهم من ضرر لتعديهم وهي توجب المسئولية الجنائية لذلك والعقوبة بالتشهير والتعرير فيما روي عن كثير من فقهاء الصحابة والتابعين[3]. ويلتحق بشهادة الزور في إيجاب الضمان شهادة المجازف أو غير المتثبت إذا بان كذبه بعد قضاء القاضي بموجبها. من ذلك ما رواه الشعبي (أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا بعد ذلك بآخر فقالا: وهمنا، إنما السارق هذا. فقال علي رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا الآخر، وأضمنكما دية يد الأول، ولو أني أعلمكما فعلتما ذلك عمداً قطعت أيديكما). ويستدل السرخسي بهذا الأثر على صحة الرجوع عن الشهادة في حق الشهود وضمانهما ما استحق بشهادتهما[4]. وإنما يضمن الشاهد الزور والراجع عن

(98) الرسل نواب السلطان وموظفوه.
(99) العدوي على هامش شرح الخرشي: 143/6، وانظر حاشية الدسوقي: 455/3.
(1) كشاف القناع: 128/6.
(2) كشاف القناع: 17/6.
(3) المبسوط للسرخسي: 177,145/16.
(4) السابق: 178/16.

الشهادة بعد القضاء بها لأنه تسبب (في إتلاف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق. . والإتلاف وإن كان يحصل بقضاء القاضي، فسبب القضاء شهادة الشهود، وإنما يحال بالحكم على أصل السبب، وهذا لأن القاضي بمنزلة الملجأ من جهتهم. . ولا يمكن إيجاب الضمان على القاضي لأنه غير متعد في القضاء، بل هو مباشر لما فرض عليه ظاهراً فتعين الشهود لإيجاب الضمان عليهم. وعن إبراهيم رحمه الله قال: إذا شهد شاهدان على قطع يد فقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فعليهما الدية وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية. . لأنهما سبب قطع اليد بطريق هو تعد منهما، وهو سبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء الإضرار بغيره في نفسه أو ماله بالشهادة الباطلة عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة. والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق. . وإذا كانا ضامنين للدية إذا رجعا كان أحدهما ضامناً لنصف الدية إذا رجع، لأن شهادة كل واحد منهما تقوم بنصف الحجة، فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف أيضا فيجب على الراجع من الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه، وذلك النصف. وكذلك لو شهدا بمال فقضى القاضي به ثم رجع أحدهما فعليه نصف المال)[5].

وإنما يشترط لإيجاب الضمان بالكذب في الشهادة الأمور التالية:

1 ـ التقدم بوجه الشهادة إلى جهة قضائية. أما مجرد تزكية الشهود كذباً أو مجازفة دون تثبت فلا يجب به ضمان (لأن الحكم تعلق بشهادة الشهود ولا تعلق له بالمزكين، لأن المزكين أخبروا بظاهر حال الشهود وأما باطنه فعلمه إلى الله تعالى)[6]. وعلى الرغم من أن التزكية نوع شهادة فإن الرجوع فيها قد يكون مبرراً من الناحية الخلقية، كما أنها تعد سبباً بعيداً Remote Cause للإتلاف لتدخل الشهادة وقضاء القاضي بين التزكية والإتلاف، ويترجح لهذا عدم وجوب الضمان بالرجوع في تزكية الشهود.

2 ـ ظهور كذبهما فيما ترتب عليه الحكم، كأن يشهدا بمديونية المدعى عليه على نحو أدى إلى حكم القاضي للمدعي بالدين. أما إذا لم يكن لكذبهما أثر في تغيير الحكم فلا يجب عليهما الضمان. من ذلك أنهما لو شهدا بأن امرأة معينة كانت زوجة لرجل أثناء وفاته، وأنه مات وهي زوجته، فقضى لها القاضي بالميراث منه، ثم ظهر أن الرجل طلقها قبل وفاته وأنها كانت تعتد منه، أو أنه طلقها بائناً فراراً من توريثها ولم تنته عدتها منه في تاريخ وفاته. ولا يجب عليهما ضمان ما استحقته المرأة من الميراث، لأنه لا تغيير في الحكم بتوريثها[6].

3 ـ ثبوت الرجوع أو التزوير بحكم القاضي، حتى لو رجع عند غير القاضي لا يصح.

(5) السابق: 180/16، وانظر كذلك حاشية الدسوقي: 217/4.

(6) كشاف القناع: 442/6.

ولو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان. وكذا لا تقبل بينته على الرجوع لأنه ادعى رجوعاً باطلاً)[7] عند بعض العلماء. والواجب أن يمكن من إثبات تناقض الشاهدين ورجوعهما في غير مجلس القاضي برفع الأمر إليه وسوق الحجج أمامه، فإن ثبت للقاضي ذلك حكم به وإلا فلا. والعبرة بقضاء القاضي في الحكم بالرجوع، حتى لو كان قاضيا آخر غير الذي شهد أمامه، ففي لسان الحكام: (لو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه. لكن إذا قضى القاضي عليه.. وإذا أقر الشاهدان عند القاضي أنهما رجعا في غير مجلس القاضي يصح ويجعل الإقرار بمنزلة الإنشاء)[7].

4 ـ حدوث الرجوع أو معرفة التزوير في الشهادة بعد القضاء بها، بخلاف رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم بها فإنه يلغيها، فلا يحكم بها ولا يضمن شيئاً. أما رجوع شهود المال أو العتق بعد الحكم فلا يوجب نقض هذا الحكم، (ولو قالوا أخطأنا فيها، ويضمنون بذلك المال الذي شهدوا به وقيمة العبد الذي شهدوا بعتقه، سواء نفذ الحكم فقبض المحكوم به أو لا، وسواء كان قائماً أو تالفاً. لكن لو صدقهم المشهود له في رجوعهم زال الضمان عنهم ويلزم المحكوم له رد ما قبضه إن كان قائما أو بدله إن كان تالفا. أما إذا لم يكن قبض شيئاً بطل حقه من المشهود به)[8]. ويفرق الأحناف والمالكية والشافعية بين رجوع الشهود قبل الحكم بها وبعده، وإنما يجب الضمان بالرجوع بعد الحكم بها، لأنه هو الذي يتحقق به الضرر[9].

5 ـ تقوم الضرر الناشىء عن كذب الشهود واعتباره من الأضرار المضمونة شرعاً. وفي ذلك يقيد الأحناف الضرر المضمون بالرجوع في الأضرار المالية والبدنية خلافاً للشافعية الذين يتوسعون فيه فيلحقون به غيره مما لا يعد من هذين النوعين على وجه الخصوص. ويتضح ذلك بالإشارة إلى اختلاف فقهاء المذهبين فيما إذا شهد اثنان على رجل بطلاق زوجته أو باختلاعها منه أو بأنها زوجة غيره فقضى القاضي بشهادتهما ثم ظهر كذبهما فلا ضمان عليهما عند الأحناف لأن الضرر الناشىء عن هذا الكذب ضرر معنوي لا يتقوم بمال، وهو إنهاء العلاقة الزوجية، فلا يكون مضموناً[10]. أما الشافعية فيرون أن الإضرار بإنهاء العلاقة الزوجية مما يكن تقويمه بالمال، وذلك بالرجوع إلى مهر المثل، فيجب ضمانه. وليس هذا الضمان في مقابلة المهر الذي دفعه الزوج بالفعل حتى يكون الضمان الواجب عند الشافعية في مقابلة المال التالف عليه وإنما هو في مقابلة تفويت حقه

---

(7) لسان الحكم: 249.

(8) مادة 2231 من مجلة الأحكام الشرعية.

(9) مبسوط: 178/16، والمادة 1729 من العدلية، وحاشية الجمل: 405/5 وما بعدها، وكشاف القناع: 442/6.

(10) المبسوط: 186/16.

في هذه العلاقة، ممايقرب هذا الضرر من قسم الأضرار الأدبية أو المعنوية. جاء في شرح المنهج: (لو شهدوا ببينونة كطلاق بائن ورضاع محرم ولعان وفسخ بعيب. . بين الزوجين فرجعوا عن شهادتهم لزمهم مهر مثل ولو قبل وطء أو بعد إبراء الزوجة زوجها عن المهر، نظراً إلى بدل . المفوت بالشهادة، إذ النظر في الإتلاف إلى المتلف لا إلى ما قام به على المستحق، سواء دفع الزوج إليها المهر أم لا، بخلاف نظيره في الدين لا يغرمون قبل دفعه لأن الحيلولة هنا قد تحققت)[11]. والحنابلة في هذا أقرب إلى الأحناف[12].

6 ـ نسبة الضرر إلى كذب الشهود. أما إذا انقطعت هذه النسبة فلا يجب الضمان. ولذا لو شهدوا بطلاق زوجته طلاقاً رجعياً أثناء قيام عدتها منه فاختار تركها حتى تَبِينَ منه لم يجب عليهم ضمان عند القائلين بوجوبه في هذا النوع من الضرر، وذلك لانتفاء نسبة الضرر إلى كذبهم ونسبته إلى اختياره هو. كذلك لو شهدا بمال على شخص لآخر فرجعا عن شهادتهم وأقر هو بالمال انه لا يرجع عليهم. ومن جنسه ما لو (شهدا على رجل أنه وكل هذا الرجل قبض دينه الذي على فلان، وفلان مقر بالدين، فقضى القاضي به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين فأنكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما، لأنهما لم يتلفا المال بشهادتهما. . والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك، لأن المال بقضاء القاضي حصل في يده أمانة للموكل، وقد تعدى بالاستهلاك)[13] ولو شهدا على مضارب بأن حصته من الربح هي الربع فقضى بها القاضي فظهر أنها تزيد عن ذلك إلى النصف ضمنا له فرق ما بينهما في الربح السابق على الحكم بالشهادة لا في الربح المستفاد بعد الحكم بشهادتهما، لأنه كان له الحق في فسخ المضاربة، فاستمراره فيها بعد الحكم بربع الربح بهذه الشهادة دليل على رضاه بهذه الحصة فلا يرجع عليهما[14]. ولا تنتفي نسبة الضرر إلى خطأ الشهود بخطأ القاضي وتعديه، فلو عرف كذبهم في شهادتهم وقضى بها اشترك معهم في المسئولية[15].

329 ـ ولا فرق في خطأ الشهود الذي يجب به الضمان بين إظهار الشهود أنفسهم لهذا الخطأ بنحو إقرار بكذب أو غلط أو نسيان وبين اكتشاف القاضي ذلك لوقوعهم في التناقض. ويطلق الرجوع عن الشهادة على كل ذلك؛ ففي المادة 2229 من مجلة الأحكام الشرعية أن (الرجوع عن الشهادة أن يقول رجعت عن شهادتي أو أخطأت فيها أو شهدت زوراً ونحو ذلك. وفي حكم الرجوع أن يشهد بعد الحكم بشهادته بما ينافيها). وينبغي

(11) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري بهامش حاشية الجمل: 406/5.
(12) المادة 2232 من مجلة الأحكام الشرعية.
(13) المبسوط: 192/16.
(14) السابق: 194/16.
(15) كشاف القناع: 110/5.

إلحاق إنكار الشهادة بالرجوع عنها في إيجاب الضمان، ما لم يكن هذا الإنكار بعذر كتقادم زمان، خلافاً لما حكاه بعضهم من أن الإنكار للشهادة لا يعد رجوعاً عنها[16]. ولا فرق بين الرجوع عن الشهادة كلها أو بعضها، كما لو شهد بدار وبنائها وما فيها من أمتعة فقضى بها ثم رجع عن الشهادة بالبناء أو الأمتعة والأثاث فإنه يضمن بذلك لإبطاله الشهادة كلها[16]

330 ـ ولا فرق في الضرر المضمون بالرجوع عن الشهادة بين أن يكون حقاً من الحقوق غير المالية، كالنكاح الذي سلفت الإشارة إلى خلاف الفقهاء فيه، وبين أن يكون حقاً من الحقوق المالية، سواء تعلق بالأعيان أو الديون. فلو شهدا بعين لرجل ثم رجعا ضمنا هذه العين. وكذلك لو كان (لرجل على رجل دين فشهد شاهدان أنه وهبه أو تصدق به عليه أو أبرأه منه أو حلله أو أوفاه ثم رجعا ضمنا المال، لأنهما أتلفا عليه المال بشهادتهما. فإن قيل قد أتلفا عليه الدين فكيف يضمنان له العين؟ قلنا قد أتلف عليه ديناً يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك ديناً في ذمتهما يتعين بالقبض منهما)[17].

ويدخل في الضرر المضمون كذلك كذب الشهادة بتأجيل الدين، فلو شهدا بأنه كان وافق على تأجيل الدين عاما فقضى للمدين بالتأجيل ورجعا عن شهادتهما ضمنماه للدائن حالا، لإتلافهما حق القبض الحال له ويرجعان على المدين بما ضمناه في الأجل المحكوم له به[17].

الفرع السادس: الدلالة

331 ـ تعني الدلالة في سياق الضمان تيسير الاستيلاء على مال الغير بالإرشاد عنه والتعريف به أو الإغراء عليه لأخذه أو إتلافه. والدلالة أو الإغراء بهذا من التسبب الذي لا يؤدي إلى الإتلاف بذاته، بل بواسطة فعل آخر، هو فعل المباشر الذي يرجع إليه الضرر. وقد كان القياس أن يجب الضمان على فعل المباشر لقوته على فعل الدال في إحداث الضرر، ولأن المباشر إنما يتحرك باختياره وقصده، ولا يترتب عمله على إغراء الغير له بهذا العمل أو تيسيره له. وهو مذهب عدد من الفقهاء فيوجبون الضمان على الآخذ لا على المغري بهذا التوجيه. ويستثني جمهور المتأخرين صورتين يجب فيهما الضمان على الدالّ، وهما:

الأولى: أن يغلب أداء الدلالة إلى إتلاف المال أو أخذه. من ذلك أن يكون المغري أو المدلول ظالماً معروفاً بقهره للناس على أموالهم. وإنما يشير الفقهاء في توضيحهم لهذه الصورة إلى كل من السلاطين الظلمة واللصوص وقطاع الطرق ومن في حكمهم، ممن

(16) شرح المجلة لسليم رستم باز: ص 1073.

(17) المبسوط: 193/16.

كانت عادتهم أخذ ما يستحسنونه لأنفسهم من أموال الناس، وقهرهم عليها. ففي مجمع الضمانات أنه (لو قال عند السلطان إن لفلان فرساً جيداً أو أمة جيدة والسلطان يأخذ فأخذ ضمن. . وسواء أخبر الساعي عند السلطان أو عند غيره لو كان ذلك الغير يقدر على أخذ المال منه ويُعْجَزُ عن دفعه)[18] ومن جنسه ما لو أخبر أحد هؤلاء السلاطين الظلمة (ببيع أو شراء حتى أخذوا الدامغان أو الجباية منه يضمن، وللمظلوم أن يرجع عليه)[19] إذا كان من عادتهم أخذ مثل هذه الرسوم الظالمة على صفقات البيع والشراء. وكذلك لو أخبر أحدٌ (الظلمة أنّ لفلان حنطة في مطمورة فأخذوها منه فله أن يرجع بها على المخبر. وكذا إذا علمها الظالم لكن أمره الساعي بالأخذ يضمن)[20]، وإنما يشترط للضمان في هذه الأحوال: 1 ـ اعتياد الظالم على الظلم وميله إليه. 2 ـ قدرته على الأخذ. 3 ـ عجز صاحب المال عن دفعه. فإن انتفى أي من ذلك لم يكن الفعل من الدلالة الموجبة للضمان. أما دلالة اللص والإدلاء لموظف رسمي ببيانات كاذبة تؤدي إلى تغريم المخبر عنه فترقى إلى أن تكون من الدلالة الموجبة للضمان. ومنه أن يدل الأعداء على مصادر الثروة في الوطن أو أن يغريهم بها فإنه يضمن ما نهبوه منها بدلالته وإغرائه. وقد نص الإباضية في ذاك على تضمين الجاسوس ما يتلفه العدو[21].

وإنما أصبحت الدلالة في هذه الصورة موجبة للضمان بحكم أنها صارت في هذه الظروف سبباً مألوفاً لأخذ المال. وقد رجح المتأخرون من فقهاء الأحناف مذهب محمد وزفر في إيجاب الضمان بالدلالة زجراً عن مثل هذا العمل ودفعاً لما فيه من فساد[22].

الصورة الثانية: أن تنطوي الدلالة على مخالفة ما ألزم به الدال نفسه من واجب الحفظ باتفاق على هذا الواجب. من ذلك أن يستودعه أحد مالاً فيدل عليه من يأخذه. ولا يشترط في المدلول أن يكون معروفاً بأخذ المال، فلو دل خادمه على وديعة الذهب الذي عنده فأخذه الخادم وهرب به، ولم يكن من عادة الناس أن يطلعوا خدمهم على مثل هذه الوديعة ضمن الدال، لمخالفته ما وجب عليه من الحفظ. أما لو عرف بها ابنه وأخبر الخادم عن مكانها فإن المخبر لا يضمن لأنه لم يخالف، حيث لم يدخل في اتفاق مع صاحب المال يقضي بحفظه. جاء في مجمع الضمانات أن (وارث المودَع إذا دل السلطان على الوديعة لا يضمن. والمودَع إذا دل يضمن)[23]. وينتفي عنه الضمان إذا عاد إلى الوفاق بعد

(18) مجمع الضمانات: 154.

(19) السابق: 156.

(20) مجمع الضمانات: 156.

(21) أطفيش: 174/8.

(22) الفتاوى الغياثية: 116.

(23) مجمع الضمانات: 74.

المخالفة بالدلالة بأن حاول منعها من الراغب في أخذها، وذلك بإخفائها أو الهروب بها، أو ما إلى ذلك. ونقل عن بعض الفقهاء أن (المودَع إذا دل إنساناً على الوديعة إنما يضمن إذا لم يمنع المدلول عليها من الأخذ حالة الأخذ. أما إذا منعه لا يضمن)[23]. والعبرة بتحقق معنى التعدي ورجوعه عنه بتدبيره، فإن ثبت استمرار تعديه على نحو أدى إلى وقوع الضرر كان ضامنا وإلا فلا.

وإيجاب الضمان الدلالة في هذه الصورة لمخالفة الدال ما أوجبه على نفسه بالعقد.

وإنما تختلف الدلالة عن السعاية من جهة أن الدلالة تستند إلى حقائق متطابقة مع الواقع بخلاف السعاية التي تقوم على الإضرار بالغير عن طريق إلقاء بيانات كاذبة تؤدي إلى تدخل سلطات الدولة تدخلاً يضر بحقوق هذا الغير. ومن جهة أخرى فإن السعاية تستند في إيقاع الضرر إلى السلطات الرسمية للدولة على حين تستند الدلالة إلى قوة الخارجين على هذه السلطة مهما كانت وظائفهم.

الفرع السابع: الأمر

332 ـ الأمر هو طلب الفعل على وجه الاستعلاء[24]، وإنما يكون من الأعلى للأدنى كالرئيس للمرؤوس والسيد للخادم والأستاذ لتلميذ الصنعة. ويختلف الأمر عن الإذن الذي يكون بين متساويين، وذلك كما لو وافق أحد لآخر على الانتفاع بملكه. ويستند أساس الاستعلاء الذي يتضمنه الأمر إلى: 1 ـ صدوره من سلطة عامة أو خاصة أوجب الشرع اتباعها وطاعتها، كالرئيس والمرؤوس والقائد والجند والأب وابنه. 2 ـ أو التزام المأمور نفسه بالعمل وفق ما يطلبه الآمر، كالسيد والخادم والمدير والعمال.

والقاعدة الفقهية أنه إذا أمر عليٌّ زيداً بإتلاف مال بكر أن يقع الضمان على الفاعل لا الآمر، بحكم كون الفاعل مباشراً والآمر متسبباً، وينتسب الضرر إلى فعل المباشر إذا اجتمع فعله وفعل المتسبب. وعبارة ابن رجب في ذلك في القاعدة السابعة العشرين وبعد المائة: (إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة (أم لا). ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان)[25]. وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 89 على هذا الأصل، حيث جاء فيها (يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن

(23) مجمع الضمانات: 74.

(24) التوضيح: 277/1، وحاشية البناني: 366/1، والمستصفى: 411/1، والإحكام للآمدي: 362/2، وإرشاد الفحول: 91.

(25) القواعد: 307.

مجبراً). ومقتضاه أنه لو أتلف أحد مال غيره بأمر آخر فالضمان على المتلف لا على الآمر، إلا إذا استند فعل المأمور إلى إرادة الآمر فإن الضمان يجب على الآمر.

ومع ذلك فقد نص الفقهاء على وجوب الضمان على الآمر في الأحوال التالية:

1 ـ إذا كان الآمر عاقلاً بالغاً وكان المأمور صبيا، فيجب الضمان على الصبي أولا ثم يرجع بعد ذلك على آمره. وقد ورد في مجمع الضمانات أن البالغ إذا (أمر صبيا بتخريق ثوب إنسان أو بقتل دابته فضمان ذلك في مال الصبي ثم يرجع به على الآمر، وكذا لو أمر بقتل رجل فقتله كان على عاقلة الصبي الدية ثم ترجع على عاقلة الآمر، علم الصبي بفساد الأمر أو لم يعلم)[26]. لكن لو أمر صبي صبياً بإتلاف مال الغير أو البالغ بالغاً لا يضمن الآمر والضمان على الفاعل.

2 ـ إذا كان الآمر ذا سلطة على المأمور بحيث يتضرر المأمور بالمخالفة. ويرقى الأمر في هذه الصورة إلى أن يكون نوع إكراه، وذلك عند من يشترط لإيجاب الضمان على الآمر أن ينفذ المأمور الأمر خوفاً من سلطته. وقد اتجه بعض الفقهاء إلى أن (مجرد أمر الإمام ليس بإكراه لو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل أمره)[27]، فلا يجب الضمان على الآمر إلا بإخافة المأمور بسلطته. لكن ذهب عدد آخر منهم إلى عدم اشتراط خشية المأمور الضرر على نفسه أو ماله، وقد اعتبر هؤلاء (مجرد أمره إكراهاً، ولو كان المأمور لا يخاف منه لو لـم يمتثل)[28]. وإنما لم يجب الضمان على المأمور ووجب على الآمر، لا لاستناد الأمر إلى نوع إكراه يؤثر على إرادة المأمور، وإنما لاستناده إلى ما أوجبه الشارع من طاعة هذا الآمر، ولأن المرؤوس غير متعد بحكم ذلك فيما فعله تنفيذاً لأمر رئيسه، فوجب إسناد النتيجة، وهي الضرر إلى فعل الآمر. وكأن الآمر قد غر المأمور ولبّس عليه في هذا التوجيه فوجب الضمان على الغار.

وهذا هو ما استندت إليه المادة 167 من القانون المدني المصري وما يقابلها من القوانين المدنية[29] العربية؛ فالنص في هذه المادة على أنه (لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة). وعلى

(26) مجمع الضمانات: 157.

(27) السابق: 158، وجامع الفصولين: 108/2.

(28) مجمع الضمانات: 158.

(29) المادة 263 من القانون المدني الأردني، والمادة 215 من القانون المدني العراقي، والمادة 237 من القانون المدني الكويتي، والمادة 175 من المشروع المقترح للقانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

المرؤوس لدفع الضمان عن نفسه أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل الضار بالغير إلا تنفيذاً لما صدر إليه من أوامر، وأنه لم يخرج عن حدود هذه الأوامر أثناء التنفيذ، وأنه كان حسن النية لم يقصد الإيذاء، أو الضرر وكان يعتقد مشروعية الفعل الذي قام به.

ويفيد ذلك أن في الفقه الإسلامي اتجاهين في فهم أساس مسئولية الآمر ذي السلطة عن فعل المأمور. أولهما إقامة هذه المسئولية على أساس الإكراه، ولذا يشترط أصحاب هذه الاتجاه خشية المأمور من الإضرار به في نفسه أو ماله إذا لم يمتثل لأداء ما هو مأمور به. والثاني إقامة هذه المسئولية على أساس تغرير الآمر للمأمور. ولا يشترط عند أصحاب هذا الاتجاه خوف المأمور، فمجرد أمر صاحب السلطة يوجب على المأمور المتابعة والأداء بحيث ينتسب فعله إلى فعل الآمر فيجب عليه الضمان.

ويؤسس مسئولية الآمر في هذه الصورة لمسئولية صاحب العمل عما يقوم به مرؤوسوه من أعمال ضارة بهم أو بغيرهم باعتبارهم يؤدون ما أمرهم به، ولوجوب امتثالهم لهذا الأمر، بحكم العقد الذي يحكم العلاقة بينهما. ولا حجة لهذا في إلقاء الضمان على الأجراء، إذا تسبب أداؤهم لما أمروا به في إلحاق الضرر بهم طبقاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء؛ ففي مجمع الضمانات أنه لو استأجر رجل (أربعة رهط يحفرون له بئراً فوقعت عليهم في حفرهم ومات أحدهم كان على كل واحد من الثلاثة ربع الدية ويسقط ربعها لأن البئر وقع بفعلهم وكانوا مباشرين والميت مباشر أيضاً فتوزع الدية عليهم أرباعاً فيسقط ربعها، ويجب ثلاثة أرباعها[30]. وقد أخذ القانون الانجليزي منذ منتصف القرن الماضي بهذا الرأي وأضاف الضرر الذي يحدث لعامل بفعل زميله إلى خطأ الزميل المباشر، تبرئة لصاحب العمل من المسئولية عن هذا الضرر. لكن قانون Law Reform (Personal Injury) Act 1948 قد ألقى المسئولية على صاحب العمل نفسه، مما يعد تحولاً من إلقاء المسئولية على الفاعل إلى تحميلها للآمر باعتباره المتسبب في الفعل. وإنما يعزي هذا التحول إلى أن ظروف الثورة الصناعية الناهضة في القرن الماضي وضعف ظاهرة التأمين قد سوغا العمل على حماية أصحاب المشروعات من المسئولية عما يصيب العمال من ضرر أثناء عملهم[31].

3 ـ ويتصل بسابقه الحكم بضمان الآمر إذا كان المأمور أجيرا له وتسبب فعله الذي يعود نفعه للآجر في الإضرار بالغير. من ذلك أن يأمر أجيره بحفر باب في حائط الغير أو بالبناء على أرضه فإن الآمر هو الذي يضمن[32]. وكذلك لو أن (صاحب حانوت أمر أجيراً له ليرسل له الماء في طريق المسلمين ففعل وعطب به إنسان، عن أبي يوسف: يضمن الآمر.

(30) مجمع الضمانات: 180.

(31) Tort Law, Dias and Markesinis P. 292.

(32) جامع الفصولين: 108/2.

ولو أمره بالوضوء فتوضأ كان الضمان على الأجير لأن منفعة الوضوء تكون للمتوضىء ومنفعة الإرسال تكون للآمر، كما في آخر الإجارة من قاضي خان. وفيه من الجنايات: لو أمر أجيراً أو سقاء برش الماء في فناء دكانه فعطب به إنسان ضمن الآمر لا الراش)[33]. ويعني عدم التفريق بين الأجر والسقاء في رجوع الضمان إلى الآمر في فرض المسألة أن الأجير المشترك Independent Contractor والأجير الخاص Servant/Employee لا يضمنان ما يترتب على فعلهما من إضرار بالغير، طالما أن فعلهما هذا كان في حدود ما يمليه عقد الإجارة المتفق بينهما. أما لو كان هذا الفعل في أمر شخصي لا علاقة له بالعمل المتفق عليه، كأن يأمره بالوضوء فيتوضأ في طريق المسلمين، فيقع أحد المارة بزلقه في ماء الوضوء، فإن الضمان على الفاعل لأنه يفعله لنفسه، لا بحكم نيابته عن الآمر فلا يضمن.

وإنما يضمن الآمر في هذه الصورة لأن المأمور نائب عنه فيرجع عمله إليه ويصير كأنه فعله بنفسه. ويشترط لذلك ألا يكون عمل المأمور لنفسه وألا يتجاوز المأمور في فعله ما أمر به. فلو استأجره لنقل أمتعة إلى مكان معين فذهب لزيارة أحد أصدقائه بعد قيامه بأداء ما أمر به كان متصرفاً لنفسه ويضمن الضرر الذي يترتب على ذلك في طريق عودته من هذه الزيارة، وهو غاصب للسيارة باستخدامها في الأمور الخاصة به.

وهذه هي الأسس التي جرت عليها القوانين الحديثة في تضمين أصحاب الأعمال ما يتسبب فيه أداء أجرائهم وعمالهم من أضرار تلحق بالغير، فيما يعرف بمسئولية أصحاب الأعمال Employer's Liability[34]. من ذلك الحكم في قضية Kay v.I.T.W.Itd عام 1968 التي أصيب فيها المدعي بفعل أحد موظفي الشركة المدعى عليها أثناء قيادة هذا الموظف لشاحنة ضخمة، لمجرد نقلها من المكان الذي كانت تشغله حتى يتمكن من الدخول بسيارته الصغيرة إلى مقر الشركة. ومع أن هذا الموظف كان يحمل رخصة لقيادة السيارة الصغيرة وحدها وأنه لم يكن مرخصاً له في قيادة مثل هذه الشاحنة فقد اعتبرت الشركة التي يعمل فيها هذا الموظف مسئولة عن نتائج عمله التي أذنته فيه وأمرته به. وقد رأت محكمة الاستئناف التي قضت بالتعويض في هذه القضية أن الأمر بقيادة السيارة الصغيرة من مقر الشركة وإليه يتضمن الإذن بإزالة العوائق التي تعترض الطريق لتنفيذ هذا الأمر. ويدل ذلك على اتجاه القوانين الحديثة إلى التوسع في مسئولية صاحب العمل عن موظفيه إلى الحد الذي دفع أحد القانونيين إلى القول بأن اقتناء أسد مفترس أو حيوان بري في غابة أكثر أمناً بكثير من إنشاء مشروع يقتضي توظيف أحد فيه لمسئوليتك عما يفعله مسئولية تكاد تكون مطلقة[35]. ومع ذلك فإن لهذا الاتجاه ما يناظره في الفقه الإسلامي فيما

(33) مجمع الضمانات: 159.

(34) Tort Law, Dias and Markesinis P. 290 .

(35) Hepple and Mathews, Tort cases and Malerials P. 722 .

اتضح من رجوع الضمان إلى الآمر في مسألة رش الأجير أو السقاء للماء في فناء الدكان بإذن الآجر.

ويدخل في هذا الباب من وجهة التفكير القانوني مسئولية السيد عن الأضرار الناشئة من فعل خادمه، وذلك بشرط تعدي الخادم، وأن يكون هذا التعدي حال تأدية وظيفته[36]. والقاعدة العامة في القانون الانجليزي هي أن يستبد صاحب السلطة بالمسئولية. ونص هذه القاعدة (Respondant Superior)، أو (Let the superior be responsible)[37].

4 ـ أمر الأب ابنه الصغير[38] أو البالغ بعمل من الأعمال إذا أضر بالغير. ويشترط في ضمان الأب الضرر الناشىء عما فعله ابنه البالغ بأمره أن يكون موضوع هذا الأمر مما يملك الأب مباشرته بنفسه حتى يصح الأمر، وإلا فإنه لا يصح ولا ينتقل به الضمان إلى الآمر. ولعل هذا هو ما نص عليه فقهاء المذهب الحنفي أنفسهم في المسألة التي أوردها البغدادي بعبارة: (أمر ابنه البالغ ليوقد ناراً في أرضه ففعل وتعدت إلى أرض جاره فأتلفت شيئاً يضمن الأب، لأن الأمر قد صح فانتقل فعل الابن إليه كما لو باشره الأب)[39]. وإنما يستند الحكم بالضمان على الآمر في جميع الأحوال إلى سبب من هذه الأسباب: 1 ـ الإكراه. 2 ـ الغرور. 3 ـ النيابة. 4 ـ الولاية. ويبدو لي أن الحكم على الأب بضمان الضرر المتولد عن فعل ابنه المأمور بأمره مستند إلى السبب الأخير إذا كان الابن بالغاً وإلى السبب الثاني إذا كان الابن غير بالغ، حيث لا يفترق الأب عن غيره في هذه الحالة، لأن أمر البالغ غير البالغ بفعل يؤدي إلى الإضرار بالمأمور أو بغيره موجب للضمان كما تقدم، لما فيه من غرور.

ويختلف ذلك عما أخذت به إحدى المحاكم البريطانية من الحكم بنفي الضمان على الأب في قضية Hewitt v. Bonuin (1940). ذلك أن أم أحد الصبية قد أعطته مفاتيح سيارة والده لنقل فتاتين يعرفهما هذا الوالد إلى بيتهما. ولم تكن الأم متعدية في إعطاء مفاتيح السيارة للصبي، حيث كان الأب هو الذي أذن لها بذلك، كما أنها لم تكن تعرف هاتين الفتاتين ولا تربطها بهما أية صلة. وقد أخذ هذا الصبي أحد أصدقائه معة ليؤنسه في الطريق. وفي رحلة الرجوع إلى بيت الصبي مات هذا الصديق لما اختل توازن السيارة وانحرفت عن طريقها نظراً للقيادة المتسرعة لهذا الصبي، فرفع وصي صديقه قضية على الوالد طالباً التعويض. ولكن المحكمة نفت مسئولية الأب عن الحادث باعتبار أن الصبي

---

(36) السابق: 734.

(37) Posner on Torts P. 20-23.

(38) حاشية الدسوقي: 246/4.

(39) مجمع الضمانات: 162.

في قيادته للسيارة لم يكن يعمل وكيلاً عن الأب أو خادماً له أو أجيراً عنده أو لمنفعته[40]. ومع ذلك فقد يتجه على هذا الحكم أن الصبي ناب عن الأب في نقل الفتاتين إلى بيتهما بإذن هذا الأب فيما يملك مباشرته بنفسه فصح إذنه، وتنتقل مسئولية الصبي عن تعديه بالتسرع في القيادة إلى الأب بهذا الاعتبار.

5 ـ إذا كان المأمور وكيلاً عن الآمر في أداء حق عليه أو في تصرف ينوب عنه فيه أو يعود نفعه له. يوضح ذلك المسائل التالية:

ـ (لهما دين على خزينة السلطان أو الديوان لا يستخلص إلا بالرشا والهدايا للسعاة فيه فأمر أحدهما صاحبه بهما على أن يعطي له بحصته يصح ويرجع)[41].

ـ (قال لآخر هب لفلان ألف درهم على أني ضامن ففعل جازت الهبة، ويضمن الآمر للمأمور)[41].

ـ (رجلان في سفينة معهما متاع: ثقلت السفينة، فقال أحدهما الق متاعك... ضمن لمالك المتاع نصف قيمة متاعه)[41].

ـ (زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر أجنبي بأمر الأب يرجع على الابن. وكذا الوصي لو أدى مهره يرجع لو أشهد الأب عند الأداء أنه يرجع)[42].

ـ (لو أرسل رسولاً إلى رجل وقال ابعث إليَّ عشرة دراهم قرضاً فقال نعم، وبعث إليه مع رسول الآمر فالآمر ضامن لها إذا أقر بأن رسوله قد قبضها. وإن بعث بها مع غيره فلا ضمان على الآمر حتى يصل إليه)[43].

ـ (لو بعث رجلاً إلى رجل ليقرضه فأقرضه، فضاع من يده: فلو قال الرسول أقرض للمرسل ضمن مُرْسِلُه، ولو قال أقرضني للمُرْسِل ضمن رسوله. والحاصل أن التوكيل بالإقراض جائز وبالاستقراض لا يجوز. ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القضاء للآمر، ولو أخرجه مخرج الوكالة بأن يضيفه إلى نفسه يقع للوكيل. وله منعه من آمره)[44].

وإنما يرجع الضمان إلى الآمر فيما أمر به وكيله أو رسوله بشروط، هي:

1 ـ أن تكون الرسالة أو الوكالة فيما يملك المرسل أو الموكِّل مباشرته بنفسه. فالقاعدة أن

(40) Hepple and Mathews on Torts P. 714.

(41) مجمع الضمانات: 160.

(42) السابق: 346.

(43) السابق: 244.

(44) السابق: 248.

من لم يملك تصرفاً لم يكن له ان يوكل غيره فيه. فلو أرسل أحداً لإحراق مال الغير أو أخذه رجع الضمان إلى الرسول لعدم صحة الأمر، بخلاف ما إذا غره أو أكرهه فإن الضمان يجب في ذلك للغرور أو الإكراه، وليس للنيابة والوكالة.

2 ـ ألا يخالف الوكيل إذن الموكل، وإلا كان متصرفاً لنفسه فيقع ضمان فعله عليه. من ذلك أنه لو أرسله ليقترض له فاقترض لنفسه ضمن القضاء. أما لو اقترض له بإذنه ووكله في الاستيفاء فضاع دون تقصيره لم يضمن الوكيل لكونه أميناً.

والحاصل أن الأمر بفعل يؤدي إلى الإضرار بالغير سبب لإيجاب الضمان إذا انطوى هذا الأمر على معنى الغرور أو الإكراه أو النيابة أو الولاية. وعلى سبيل المقارنة فإن مسئولية الآمر في الاصطلاح الفقهي تضم صوراً عديدة مما يطلق عليه في القوانين الوضعية الحديثة مسئولية المتبوع عن تابعه Vicarious Liability.

الفرع الثامن: الإكراه

333 ـ الإكراه في اللغة بمعنى القهر والمشقة، فأكرهته على الأمر إكراهاً بمعنى حملته عليه قهراً لا طوعاً، وأقامة على كره بمعنى أكرهه على القيام، مما ينافي المحبة والرضا. ولذا يستعمل كل منهما في مقابل الآخر، كما في قوله تعالى: ﴿وله أسلم من في السماوات والأرض طوعاً وكرهاً وإليه يرجعون﴾ (آل عمران: 83).

وقد عرفه السرخسي بأنه (اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الاختيار)[45]. ومعنى فساد اختيار المكرَه أنه يقصد فعل ما أكره عليه ويختاره خشية وقوع الوعيد به. ويعدم الإكراه الرضا لأن المكرَه لن يفعل ما أكره عليه إذا ما خلي بينه وبين نفسه. ولذا يعرفه التفتازاني بأنه: (حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خُلِّيَ ونفسه، فيكون معدما للرضا لا للاختيار، إذ الفعل يصدر عنه باختياره، لكنه قد يفسد الاختيار بأن يجعله مستندا إلى اختيار آخر، وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلاً في قصده)[46]. والإكراه عند المالكية هو الحمل ظلماً على ما لا يرضاه المحمول ولا يريده، بخلاف الإكراه الحق كالجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد، والطعام للمضطر[47]. وعند الشافعية هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه[48]. ولا يخرج عن ذلك تعريف الحنابلة للإكراه، فقد ورد في المادة 1542 من مجلة الأحكام الشرعية أنه

(45) المبسوط: 38/24.

(46) التلويح على التوضيح: 2/ 820.

(47) الخرشي: 9/5.

(48) المهذب: 78/2.

هو(الإجبار على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه أو بتهديد بشيء من ذلك من قادر عليه). ويتفق تعريف القانون المدني العراقي للإكراه مع هذه التعريفات الفقهية[49].

334 ـ وينقسم الإكراه إلى قسمين[50].

أولهما: الإكراه الملجيء أو التام الذي يخشى فيه من تلف البدن كأن يقول الحامل على الفعل إن لم تفعل كذا أقتلك أو أقطع يدك أو أضربك أو أمنع عنك الطعام والشراب أو ما يشبهه مما يخشى منه على سلامة البدن. ومفهوم الإلجاء أن يصير المكرَه آلة في يد المكره بانتفاء اختياره أو بفساده، فيضاف فعله إلى الحامل له على الفعل.

والثاني: الإكراه الناقص أو غير الملجيء الذي لا يخشى منه على النفس أو على سلامة الأعضاء، كأن يكون الوعيد بالحبس مدة قصيرة أو بالضرب الذي لا يخشى منه التلف. وليس فيه ـ كما يقول الكاساني: (تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء. أعني الحبس والقيد والضرب)[51]. ويلتحق به لذلك أن يكون التهديد بالضرب أو الحبس أو القيد متعلقاً بفروع المكرَه أو أصوله أو ذي رحم محرم منه أو الزوجة أو غير ذلك ممن يمت إلى المكرَه بسبب، لأنه يوجب الاغتمام والحزن كذلك. وهذا هو ما استحسنه أكثر الأحناف وأخذ به المالكية والشافعية. وقصره الحنابلة على التهديد بإيذاء الأب أو الابن[52]. وفي المادة 278 من مرشد الحيران أن (الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضاً).

ويغني عن هذه التفصيلات في تحديد ما يقع به الإكراه الأخذ بالقاعدة العامة التي حررها النووي، وهي القضاء بحصول الإكراه في كل (ما يؤثر العاقل الإقدام عليه حذراً مما هدد به. وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأفعال المطلوبة والأمور المخوف بها، فقد يكون الشيء إكراهاً في شيء دون غيره وفي حق شخص دون آخر)[53]. ويعني ذلك أن

---

(49) جاء في المادة 112 من هذا القانون: 1 ـ الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه. 2 ـ ويكون الإكراه ملجئا إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس، أو عضو، أو ضرب مبرح، أو إيذاء شديد أو إتلاف خير في المال ويكون غير ملجيء إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس. 3 ـ والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر إكراهاً ويكون ملجئاً أو غير ملجيء بحسب الأحوال.

(50) حاشية ابن عابدين: 109/5 ، المبسوط للسرخسي: 49,48/24، وتبيين الحقائق: 181/5، والأشباه والنظائر لابن نجيم: 282، وتيسير التحرير لأمير بادشاه: 308/2، والمهذب: 78/2.

(51) بدائع الصنائع: 176/7.

(52) المهذب: 78/2، والخرشي: 9/5، والحطاب: 250/4.

(53) الأشباه والنظائر للسيوطي: 209.

التهديد بالأمر اليسير الذي لا يخافه العاقل ولا يؤثر الإقدام على الفعل المطلوب منه بسببه لا يحصل به إكراه ولا يعد عذراً. وقد عرفه ابن حزم بأنه (هو كل ما سمي في اللغة إكراهاً وعرف بالحس أنه إكراه كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به. والوعيد بالضرب كذلك أو الوعيد بالسجن أو الوعيد بإفساد المال... أو الوعيد في مسلم أو غيره بقتل أو ضرب أو سجن أو إفساد مال لقول رسول الله ﷺ: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه»[54]. ولا يخرج مذهب ابن حزم في تعريف الإكراه عما أخذ به جمهور الفقهاء. والعبرة في قيام حالة الإكراه بناء على هذه التعريفات السابقة أن يغلب على ظن المكرَه وقوع ما يتأذى به في نفسه أو ماله أو عرضه أو شرفه أو فيما يتعلق بذلك من حقوق غيره من الأقارب أو الأباعد من المسلمين، فإن من واجب المسلم كما جاء في حديث النبي ﷺ ألا يظلم أخاه المسلم وألا يخذله أو يسلمه. وبذلك فإن معيار قيام الإكراه معيار نفسي مادي يستند إلى ما قام في نفس المكره مع النظر إلى الظروف الموضوعية التي أنتجت هذا الأثر.

ويقترب من ذلك تعريف القانون المدني المصري للإكراه فيما يستفاد مما جاء في الفقرة الثانية من المادة 127، فهو سلطان رهبة يبعثها المكره في نفس المكرَه إذا كانت هذه الرهبة قائمة على أساس. وتكون... قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. وبهذا يشترط التأثير النفسي، وهو الخوف أو الرهبة، الناشىء عن ظروف مادية أو موضوعية.

وقد نصت المادة 1003 من المجلة العدلية على المعيار المادي، ولفظها: (يشترط أن يكون المُجْبِرُ مقتدراً على إيقاع تهديده. بناء عليه من لم يكن مقتدراً على إيقاع تهديده وإجرائه لا يعتبر إكراهه). ونصت المادة 1004 من هذه المجلة على المعيار النفسي بلفظ: (يشترط خوف المكره من وقوع المكره به. يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المُجْبِر المكرَه به إن لم يفعل المكرَه عليه). وجمعت المادة 289 من مرشد الحيران هذين المعيارين حيث جاء فيها: (يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به وأن يخاف المكرَه وقوع ما صار تهديده به في الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به...)[55].

335 ـ حكم الإكراه: لا خلاف في أن الحكم الشرعي للإكراه هو الحرمة، لكونه بذاته تعدياً على حق الفرد وباعتبار ما يؤول إليه من فعل ما لم يجزه الشارع. أما ما يترتب عليه فيتنوع بتنوع المحمول عليه حسب الترتيب التالي:

(54) المحلى: 330/8 فقرة 1403.

(55) انظر كذلك المذكرة الإيضاحية للمادة 112 من مشروع القانون المدني المصري وفقاً للشريعة.

أولاً: إقرارات المكره:

إذا كان المحمول عليه من الإقرارات فإنه يوجب بطلان الْمُقَرِّ به مطلقاً، سواء كان الإكراه ملجئاً أو غير ملجيء، فمن أكره على الاعتراف بدين أو زواج أو طلاق كان اعترافه باطلاً، ولا ينشأ به حق من الحقوق، لأن الإقرار حجة إذا صدر باختيار المقر فإذا فسد هذا الاختيار لم يعتد بهذا الإقرار(56). ثانيا: إذا كان المكره عليه من التصرفات والعقود الشرعية القابلة للفسخ كالبيوع والإجارات فإنها تفسد عند الأحناف بالإكراه الملجيء أو غيره. أما إذا كان المكره عليه من التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالطلاق والنكاح فإنها تصح مع الإكراه في المذهب الحنفي، فالمكره عليه في هذا المذهب إن كان من قبيل الأقاويل وهو (مما لا تنفسخ كالطلاق كان نافذاً وإلا كان فاسداً كالبيع والأقارير)(57). ولا يلتزم المكره بشيء من هذه الأقاويل في المذهب المالكي إلا إذا أجازها بعد زوال الإكراه ورضي بها في غير النكاح فإن إجازته لا تصح(58).

ثانياً: عقود المكره:

تبطل عقود المكرَه وطلاقه في المذهب الشافعي. ويوافق الحنابلة على بطلان عقود المكرَه وتصرفاته القولية، ولا يستثنون من ذلك إلا عقد النكاح قياساً للمكره على الهازل في هذا العقد. وإنما لم يلحقوا به الطلاق لقوله ﷺ: «لا طلاق في إغلاق»(59). وأساس الخلاف بين الأحناف وبين الجمهور في ذلك أن الإكراه لا أثر له في إبطال تصرفات المكره القولية أو الفعلية، وإنما يؤثر في نسبة هذه التصرفات إلى الحامل إن أمكن نقل الفعل وإضافته إليه، وذلك إذا أمكن اعتبار الفاعل آلة للحامل، وإلا استقرت نسبة القول أو الفعل إلى المكره. أما الجمهور فينظرون إلى أن ترخيص الشارع للمكره في الفعل أو القول يبيحه

---

(56) المبسوط: 70/24 حيث جاء فيه: (لو أن قاضياً أكره رجلاً بتهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص كان الإقرار باطلاً لأن الإقرار محتمل بين الصدق والكذب وإنما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب والتهديد بالضرب والحبس يمنع رجحان جانب الصدق.. ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والحبس في حق السارق وغيره إلا شيء روي عن الحسن بن زياد رضي الله عنه أن بعض الامراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر فقال ما لم يقطع اللحم أو يبين العظم، ثم ندم على مقالته وجاء بنفره إلى مجلس الأمير ليمنعه من ذلك فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال فلما رأى المال موضوعاً بين يدي الأمير قال ما رأيت ظلماً أشبه بالحق من هذا) والراجح عند المالكية والشافعية أن إقرار المكره لا يلزمه بشيء وإن تردد بعضهم فيه. انظر الحطاب: 217,216/5، ونهاية المحتاج: 72/5.

(57) التلويح للتفتازاني: 822/2.

(58) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: 109/6، والمراجع المثبتة في هذا الموضع.

(59) التلويح: 822/2، والمهذب: 2/ 78، والإنصاف: 439/8، والمغني: 535/6.

له ولا تترتب عليه تبعته[60]. ومذهب الظاهرية أن الإكراه على الأقوال لا يجب به شيء **مطلقاً**[61].

وقد أخذ القانون المدني العراقي بوقف الالتزام الناشيء عن تعاقد المكره، فقد جاء في المادة 115 أن (من أُكرِه إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده). كما جاء في المادة التالية لها أن (الزوج ذو شوكة على زوجته، فإذا أكرهها بالضرب مثلاً أو منعها عن أهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر). وقد ورد حكم هذه المادة الأخيرة بلفظه تقريباً في المادة 294 من مرشد الحيران[62]. ومستند الحكم بوقف تعاقد المكره هو قول زفر. وإنما يتضح ذلك بالإشارة إلى مذاهب الفقهاء في حكم عقد المكره بإيجاز على النحو التالي:

(أ) مذهب الشافعية وبعض الحنابلة أن عبارة المكره لاغية لا أثر لها شرعاً، فتعاقده باطل.

(ب) مذهب المالكية أن تعاقد المكره فاسد يصح بإجازته في غير النكاح.

(جـ) مذهب جمهور الأحناف أن عبارة المكره منشئة لعقد صحيح نافذ لكنه غير لازم، فيما عدا زواج المكره وطلاقه وعتقه ويمينه ونذره لاستثناء الشارع إياها وحكمه بصحتها مع الإكراه، وذلك في قوله ﷺ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح واليمين، وفي بعض الروايات العتاق والرجعة. فقاس الأحناف الإكراه على الهزل في هذه المستثنيات مع ما بينهما من فوارق.

(د) مذهب زفر أنه عقد موقوف، بمعنى أنه عقد صحيح وإن لم تترتب آثاره عليه إلا بإجازة المكرَه بعد زوال إكراهه فإن أجازه نفذ وإلا بطل، لأن الحكم بوقفه لحقِّ المكرَه، لا لحق الشارع كحرمة الربا فيملك إجازته ولا يكون باطلاً أو فاسداً[63]. وقد أخذت المجلة برأي زفر في الحكم بوقف عقد المكره.

ثالثا: الإكراه في الأفعال:

336 ـ لا خلاف بين العلماء على أن الإكراه سبب لإباحة الأفعال التي تبيحها

(60) الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان: ص 138. وقد ناقش الدكتور عبد الرزاق السنهوري تصرفات المكره القولية وأثر تعاقداته في مصادر الحق: 183/2، 215، 172/4، 178.

(61) المحلى لابن حزم: 329/8 فقرة 1403.

(62) نص الفقهاء على هذا الحكم، انظر: الفتاوى الخانية: 487/3، وحاشية ابن عابدين: 134/5، 135.

(63) البدائع: 186/7، والمبسوط: 93/24 والمادة 1006 من العدلية، والمادة 1453 من الشرعية وحاشية الدسوقي: 6/3، وتكملة فتح القدير: 262/7.

الضرورة كشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير[64]، وكالتلفظ بكلمة الكفر، كما أنه لا خلاف بين العلماء على أن الإكراه لا يغير حكم ما يتعلق بحقوق العباد، فالإكراه على القتل أو القطع أو الضرب لا يبيحه ولو كان في امتناع الْمُكْرَه هلاكه، لأن نفس الغير معصومة ولا يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه بإيقاعه بغيره[65]. وإن فعل المكرَه شيئاً من ذلك كان آثماً واستحق العقوبة على فعله. ولا يختلف الفقهاء إلا في نوع العقوبة على هذا الفعل، فأبو حنيفة ومحمد يوجبان القصاص على الحامل الذي اتخذ الفاعل أداة له[66]. ويوجب المالكية والشافعية والحنابلة القصاص على الحامل والفاعل معاً، لتعديهما وكون الضرر نتيجة لفعلهما فيقتص منهما[67]. وذهب أبو يوسف إلى إيجاب الدية لنقص جناية الحامل والفاعل عما يوجب القصاص، وهو الجناية الكاملة التي يتوافر فيها كل من الركن الأدبي والمادي. أما إذا كان المطلوب هو قتل المكرِه (الحامل) فلا قصاص عند كل من الأحناف والمالكية والحنابلة وتجب الدية، خلافاً لمن رجح وجوب القصاص من الشافعية[68].

337 ـ أما الإكراه على ارتكاب الجنايات الأخرى كالسرقة والزنا فإن حرمة هذه الأفعال لا ترتفع بحال، وتسقط العقوبة الحدية للشبهة الدارئة لهذه العقوبة. وقد وقعت في عهد عمر بن الخطاب قضية المرأة[69] التي أقرت بالزنا فحكم عليها بالرجم. لكن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ترافع في شأن هذه المرأة بأن سألها عما حملها على الزنا، فقالت في إجابتها: (كان لي خليط وفي إبله ماء ولبن ولم يكن في إبلي ماء ولا لبن فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نفسي فأبيت عليه ثلاثاً فلما ظمئت وظننت أن نفسي ستخرج أعطيته الذي أراد فسقاني. فقال علي الله أكبر، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه). ويفرق بعض الفقهاء الأحناف والحنابلة بين إكراه الرجل على الزنا وبين إكراه المرأة عليه، فيوجبون الحد في إكراه الرجل دون إكراه المرأة، بناء على أنه لا يصدر من الرجل إلا عن طواعية واختيار[70]. لكن وجهة الجمهور هي عدم التفريق وسقوط العقوبة الحدية بالإكراه.

(64) المبسوط: 48، والحموي على الأشباه: 123/1، والمحلى لابن حزم: 330/8، فقرة 1404.

(65) الخرشي: 175/3 وما بعدها.

(66) بدائع الصنائع: 179/7، وعبارة الكاساني في ذلك: (فأما المكره على القتل فإن كان الإكراه تاماً فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزر ويجب القصاص على المكرِه، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكرِه، وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكرَه دون المكره. وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما).

(67) الشرح الصغير: 594/2، ومغني المحتاج: 202/4، والمهذب: 177/2، والقواعد لابن رجب ص: 130، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي 123، والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام: 46.

(68) البدائع: 180/7، والمبسوط: 90/24، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول: 123.

(69) الطرق الحكمية: لابن القيم: ص 48 وما بعدها.

(70) البدائع: 180/7.

وعلى سبيل المقارنة ـ فإن الشريعة تعتبر الإكراه سبباً لإباحة عدد من الجرائم أو سبباً لرفع العقوبة الحدية والتعزيرية أو سبباً لتخفيف العقوبة بفرض العقوبة التعزيرية وحدها في بعض الأحايين بينما يتجه التفكير القانوني إلى اعتبار الإكراه سبباً لرفع العقوبة لا لإباحة الفعل. وإنما يباح الفعل بالإكراه في الشريعة إذا قصدت من تحريمه إلى الحفاظ على مصلحة ترجع للفاعل كالحكم بتحريم الخمر ولحم الخنزير. أما إذا كان القصد من التحريم هو الحفاظ على مصلحة الغير فإن الشريعة لا تبيح الفعل بالإكراه وإنما ترفع العقوبة عن الفاعل أو تحكم بإنزال العقوبة التعزيرية محل العقوبة الحدية[71]. وقد اعتبر القانون الجنائي الباكستاني 1860 الإكراه من أسباب رفع العقوبة أو مانعاً منها بوجه الاستثناء Exception في المادة الرابعة والتسعين من هذا القانون.

وإذ يرفع الإكراه المسئولية الجنائية بإسقاط العقوبة أو تخفيفها فإنه لا يدفع المسئولية المدنية عما لحق الغير من أضرار تتعلق بالأموال، فالإكراه على إتلاف مال المسلم أو غصبه أو سرقته لا عقوبة فيه على المكرَه، وإنما رخص له الشارع في ارتكاب هذه المحرمات للضرورة، (ولو امتنع المكرَه حتى قتل لا يأثم بل يثاب لأن الحرمة قائمة. فهو بالامتناع قضى حق الحرمة، فكان مأجوراً لا مأزوراً)[72]. ولو سرق بالإكراه لم تقطع يده، فإن (القطع يسقط بالإكراه مطلقاً ولو كان بضرب أو سجن لأنه شبهة تدرأ الحد)[73].

338 ـ الضمان في الإكراه:

أما إيجاب الضمان بالإكراه ففيه اختلاف العلماء على النحو التالي:

ـ ذهب الأحناف إلى إيجاب الضمان على الحامل دون الفاعل في الإكراه إذا كان تاماً وإلا وجب على الفاعل إذا كان الإكراه ناقصاً. وفي ذلك يقول الكاساني: (المكره على إتلاف مال الغير إذا أتلفه يجب الضمان على المكرِه دون المكره إذا كان الإكراه تاماً، لأن المتلف هو المكره من حيث المعنى. وإنما المكرَه بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار إيثاراً وارتضاء. وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكره فيضربه على المال فأمكن جعله آلة المكره فكان التلف حاصلاً بإكراهه فكان الضمان عليه. وإن كان الإكراه ناقصاً فالضمان على المكرَه، لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره، لأنه لا يسلب الاختيار أصلاً فكان الإتلاف من المكرَه فكان الضمان عليه. وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه، لأن هذا النوع من الفعل، وهو الأكل، مما لا

(71) راجع التشريع الجنائي لعبد القادر عودة: 571/1.

(72) بدائع الصنائع: 177/7.

(73) الدسوقي: 486/4.

يعمل عليه الإكراه لأنه لا يتصور تحصيله بآله غيره فكان طائعاً فيه فكان الضمان عليه)[74].
وهو مذهب بعض الشافعية الذي يرجحه العز بن عبد السلام[75].

ـ مذهب فريق من المالكية وبعض الشافعية وعدد من فقهاء الحنابلة والظاهرية هو إلقاء الضمان على الفاعل المكرَه، تقديماً للمباشرة على التسبب فيما تنص عليه القاعدة الفقهية. ولا يخفى أن المكره مباشر والمكرِه متسبب[76]، ولأن المكرَه على إتلاف مال الغير كالمضطر إلى أكل طعامه فإنه يباح له ذلك بشرط الضمان.

ـ أما جمهور الشافعية والمختار عند المالكية فيوجبون الضمان على المكره والمكره معاً، لانتساب الضرر إلى فعل كل منهما.

ـ وللحنابلة في الضمان بالإكراه اتجاهان، (**أحدهما**: أنه على المكره وحده، لكن للمستحق مطالبة المتلف، ويرجع على المكرِه، لأنه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان. بخلاف المكرَه على القتل فإنه غير معذور فلهذا شاركه في الضمان.. **والثاني**: عليهما الضمان كالدية... باشتراكهما في الإثم. وهذا تصريح بأن الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير)[77].

339 ـ ويترجح في ضوء القواعد العامة للإكراه أن المكره الحامل على إتيان الفعل هو الذي يستقر عليه الضمان إذا ألجىء المكرَه إلى إتيان الفعل وانعدم رضاه به، وذلك بتوافر الشروط التي يترجح معها رهبة المكرَه وخوفه من إيقاع المكرِه ما هدده به. ويشترط كذلك أن تزيد المصلحة الفائتة بوقوع التهديد على الضرر الواقع بالغير في الاعتبار الشرعي وإلا فإن الإكراه لا يؤثر في الحكم بالضمان. ومع ذلك فإنه يجوز للمستحق أن يطالب المكرَه بالضمان ويرجع المكرَه بما يؤديه على المكرِه لأنه هو المتسبب فيما وجب على المكرَه فيتحمله.

الفرع التاسع: الصدمة العصبية

340 ـ مفهوم الصدمة العصبية في القانون الانجليزي: اشترطت القوانين السابقة على التشريع الإسلامي لإيجاب الضمان أن يكون الفعل الضار حسياً مادياً لا معنوياً. أما لو كان الفعل غير مادي كما لو أزعج حيواناً بصوته فوقع في النهر ومات لا يجب الضمان. وقد

---

(74) البدائع: 179/7.

(75) قواعد الأحكام: 155/2.

(76) الأشباه والنظائر للسيوطي: 162، والخرشي: 175/3، والقوانين الفقهية لابن جزي: 228، والمغني: 259/8،273/5، والمحلى: 230/8 فقرة 1403.

(77) القواعد لابن رجب: 309.

كان هذا هو الحال في القانون الروماني وفي غيره من القوانين التي احتذت حذوه. واستند كثير من القانونيين الانجليز إلى الخوف من فتح مجالات واسعة للتقاضي[78] لتبرير إنكار الحق في التعويض عن الأضرار الناشئة بفعل غير مادي. لكن الخوف من زيادة أعداد المتقاضين أمام المحاكم لا يسوغ ترك المتضرر يعاني دون حماية القانون لحقوقه. ولم يبرز هذا المنطق بهذه الدرجة من الوضوح في العمل القضائي الانجليزي إلا في أواخر القرن التاسع عشر، حينما بدأ القضاء يعترف بحق المتضرر في التعويض في تلك الأحوال التي يقع فيها الضرر بفعل غير مادي إذا كان هذا الفعل مقصوداً لفاعله أو ناشئاً عن طيش وتهور Rcklessness. ويرجع إلى قضية Wilkinson v. Downton (1897 م) الفضل في صياغة المبدأ القاضي بإيجاب ضمان الأضرار الناشئة بفعل غير مادي. وفي هذه القضية أخبر المدعى عليه على سبيل المزاح المدعية بأن زوجها أصيب إصابات بالغة في حادث فتضررت من ذلك، ووجب لها الحق في التعويض عما أصابها[79]. أما حدوث الصدمة بالإهمال وتعويضها فلم يعترف به القانون الانجليزي سبباً للتعويض إلا بعد ذلك بفترة. ففي قضية Dulieu v. White and Sons. (1901 م) قاد المدعى عليه عربته التي يجرها جوادان على نحو لا يخلو من إهمال في اتجاه واجهة مقهى عام، فخيل لخادمة في هذا المقهى أن العربة بسبيلها للاصطدام بالواجهة، فانهارت عصبياً، ووجب لها التعويض.

وإنما تتقيد الصدمة العصبية Nervous Shock الموجبة للضمان في القانون العرفي الانجليزي بالأمور الثلاثة التالية: .

1 ـ أن تكون درجة التحمل النفسية والعصبية للمتضرر في حدود المعتاد والمألوف. أما الأشخاص الحساسون Hyper Sensetive للغاية بطبيعتهم ولا يتحملون التحمل المعتاد، وتؤثر فيهم المشاهد القليلة الخطر فلا يجب لهم حق التعويض عما يحسونه من ألم نفسي إذا رجع هذا الألم لطبيعتهم الخاصة ولم يكن نتيجة متوقعة لفعل المدعى عليه. ففي قضية King v. Philips (1953 م) صدمت الأم حينما رأت من نافذتها على البعد سيارة أجرة ترجع للخلف في اتجاه طفلها الذي كان يلعب بدراجته. وإنما لم يستجب لطلبها بالتعويض لأن ما حدث لها لم يرجع لعمل السائق بل لحساسيتها المفرطة وخوفها البالغ على طفلها[80].

2 ـ أن تدخل الصدمة في النتائج المتوقعة للفعل. ولذا لو أخبر أحد امرأة بنجاح ابنها فسرت سروراً بالغاً أدى إلى الإضرار بها فإن المخبر بهذه النتيجة لا يسأل عنها، لأنها ليست متوقعة باعتبارها نتيجة لفعله.

(78) مبدأ الخوف من فتح باب النزاع والتقاضي Opening the floodgates of Litigation.

(79) Dias and other Torl law, P. 83.

(80) السابق: 83.

3 ـ أن يتعرض المتضرر للتأثير المباشر (Immediate offermath) للفعل المتسبب في الصدمة. أما التأثير غير المباشر فالمفترض ألا يؤدي إلى الصدمة، لانعدام عنصر المفاجأة. ففي قضية Mcloughlin v. O'Berian (1983) علمت الزوجة بوقوع حادث لزوجها وأطفالها، وذهبت إلى المستشفى فوجدتهم في حالة سيئة، مما أصابها بحالة من الفزع، لكن لم يستجب لطلبها التعويض لانعدام معنى المباشرة في التأثير[81].

ولا تختص الصدمة الموجبة للتعويض بالأفعال المتعلقة بالناس وحياتهم والأخطار الراجعة إليهم؛ فمن يتعرض بيته لخطر حريق داهم بفعل غيره يستحق التعويض عما تحمله من آلام، ولو لم يحترق البيت بالفعل.

وتختلف الصدمة العصبية عن مجرد الألم أو الإحساس بالضيق والعذاب[82]، من جهة أن الصدمة تؤثر في النفس تأثيراً يورث المرض الجسمي أو النفسي لفترة تطول أو تقصر.

341 ـ في الفقه الإسلامي: عرف الفقه الإسلامي منذ بداية تطوره إيجاب الضمان بالأفعال الضارة غير المادية أو العنيفة. وفي أمثلة عديدة ينص الفقهاء على إيجاب الضمان بالتلفظ بالأخبار الكاذبة على سبيل المزاح أو الهزل، وبالصياح أو الضجيج، وبالاستدعاء لمجلس الحاكم إذا لم تراع ظروف المدعو للحضور. وفيما يلي بعض الأمثلة أو القضايا التي نص عليها الفقهاء:

(أ) ذكرالبغدادي في مجمع الضمانات: (رجل صاح على آخر فمات من صيحته تجب الدية)[83]. ولا يخلو الصياح أن يكون فعلاً مادياً كالضرب أو القطع في الإفضاء إلى الموت في الأحوال التي يغلب أداؤها إليه. ومن جنسه ما ذكره في (صبي قائم على سطح فصاح به رجل ففزع الصبي فوقع ومات ضمن عاقلة الصائح ديته)[84].

(ب) لا يقتصر الضمان الواجب على الأضرار المادية من أعيان الأموال والإصابات البدنية، وإنما يشمل الأضرار المعنوية أو النفسية أو العصبية أو العقلية. ففي مجمع الضمانات أنه إذا (نزع سن امرأة فتجن يوماً وتفيق يوماً فحكومة عدل)[85] وكذلك (لو شج رجلاً فالتحمت (أي الشجة) ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل. وقال محمد عليه أجرة الطبيب وثمن

---

(81) السابق: 84.

(82) Mental Torture and Suffering.

(83) مجمع الضمانات: 166.

(84) السابق: 172، وبدائع الصنائع: 235/7.

(85) مجمع الضمانات: 170.

الدواء)[86]. ولا يشترط لإيجاب الضمان على حافر البئر في الطريق العام أن يموت الواقع فيها من سقوطه وارتطامه بأسفلها، فلو اغتم ومات من الحزن لا من السقوط ضمن عند أبي يوسف ومحمد[87]. وهذا الغم هو ما يعبر عنه بالصدمة العصبية.

(جـ) روي أن عمر بعث إلى امرأة مغنية كانت تُدْخِلُ الرجال عليها، فكانت تقول وهي في الطريق: (يا ويلها، مالها ولعمر؛ فبينما هي في الطريق إذ فزعت، فضربها الطلق فألقت ولدا. فصاح الصبي صيحتين ثم مات. فاستشار عمر الصحابة فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب. وصمت عليّ. فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك. إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته. فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك. وأما المرأة فلأنها نفس هلكت بإرسال السلطان إليها فضمنها كجنينها، أو نفس هلكت بسببه فوجب أن تضمن كما لو ضربها فماتت. وقيل هدر لأنه ليس بسبب عادةً. وجوابه بأنه سبب عادي بخلاف الضربة والضربتين فإنه ليس سببا للهلاك في العادة)[88].

وفي شرح المنهج أنه (لو ألقت امرأة جنيناً بانزعاجها ببعث نحو سلطان إليها أو إلى من عندها ضُمِن - بالبناء للمفعول - بالغرة.. سواء ذكرت عنده بسوء أم لا... وخرج بألقت جنيناً ما لو ماتت فزعاً منه فلا ضمان، لأن مثله لا يفضي إلى الموت. نعم، لو ماتت بالإلقاء ضمن عاقلته ديتها مع الغرة، لأن الإلقاء قد يحصل منه موت الأم)[89].

(د) في حاشية الجمل أن المرأة إذا (قذفت فأجهضت ضمنت عاقلة القاذف، بخلاف ما لو ماتت، كما لو أفسد ثيابها حدث خرج منها فزعاً)[89].

(هـ) في حاشية الجمل أيضاً أن المرأة (لو أتاها برسول الحاكم لتدلهما على أخيها مثلا، فأخذها فأجهضت اتجه عدم الضمان، حيث لم يوجد من واحد منهما نحو إفزاع. نعم، يظهر حمله على من لم تتأثر بمجرد رؤية الرسول. أما من هي كذلك، لاسيما والفرض أنه أخذها فيضمن الغرة عاقلتهما. وينبغي للحاكم إذا أراد طلب امرأة أن يسأل عن حملها ثم يتلطف في طلبها)[89].

(و) ومن جنس قضية Wilkinson v. Downton ما جاء في حاشية الجمل (إخبارها (أي المرأة) بموت ولدها أو زوجها) كذباً، وزيادة (الرسول في طلبه (أي للمرأة) على ما قاله

---

(86) السابق: 171.

(87) السابق: 180.

(88) المبدع في شرح المقنع: 342/8، وانظر كشاف القناع: 16/6.

(89) شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري مطبوع على هامش حاشية الجمل: 81/5.

السلطان كذباً مهدداً وحصل الإجهاض بزيادته تعلق الضمان به، كما لو لم يطلبها السلطان)[89].

342 ـ والحاصل من هذه الأمثلة المنصوص على أحكامها في كتب الفقه الإسلامي ما يلي:

(أ) أن الفقه لم يقصر الأفعال الموجبة للضمان في المحسوسات أو الماديات، بل شملت التعدي بالكذب والتهديد والوعيد. ولا فرق بين تفزيع الرسول المرأة بطلب حضورها للسلطان دون تلطف فتلقي جنينها وتموت من هذا الفزع وبين ضربها أو إلقائها في بئر يؤدي إلى النتيجة نفسها. وعلى الرغم من وضوح هذا المبدأ في المنطق فإن القانون الانجليزي لم يهتد إلى تطبيقه إلا في آخر القرن الماضي وأوائل هذا القرن على النحو الذي سلفت الإشارة إليه.

(ب) لا يشترط في الضرر المضمون أن يكون مادياً هو الآخر أو عيناً من الأعيان، فالمرأة التي تجن يوماً وتفيق يوماً في المثال المذكور قبل قليل يجبر ضررها بتعويض تقدره حكومة العدل. وقد نص أبو يوسف على ضمان ما أسماه (أرش الألم)، وهو ما لا ينبغي أن يتقيد بالألم العضوي، ويجب تعميمه ليشمل الألم النفسي أو الفزع أو الغم الناشىء عن الفعل الغير المشروع. ويستفاد هذا العموم من عبارات أبي يوسف ومن انتفاء الداعي إلى التخصيص بالألم العضوي دون سواه.

(جـ) يتقيد الضمان في الترويع والإفزاع بأن يكون الضرر المضمون نتيجة طبيعية لفعل التعدي. يوضحه أن الصائح على الصبي يضمن إذا أخافه وأفزعه، أما لو صاح على رجل ففزع ومات لم يضمن، لأن المعتاد ألا يموت الرجل من الصيحة. وكذلك لو أرسل سلطان إلى امرأة ففزعت وماتت لم يضمن عند من رأى أنها لا تموت في المعتاد من إرسال السلطان إليها، لكن لو كانت حاملا فأجهضت ثم ماتت فإن الضمان يجب، لأن من المعتاد أن تلقى الحامل جنينها عند الفزع، كما أن من الملائم موت المرأة من إلقاء جنينها.

(د) يبدو أن هناك اتجاهاً في الفقه الإسلامي للتوسع في الأضرار المضمونة بالتفزيع، حتى لو بدت منفصلة عن التعدي. ففي مثال المرأة التي نزع سنها فتجن يوماً وتفيق يوماً وجب الضمان مع أن هذا الجنون الجزئي يبدو مستقلاً ومنفصلاً عن مجرد نزع السن. وتدل صياغة هذا الافتراض على وعي الذين ساقوه بعدم الارتباط بين الفعل والنتيجة. ومعنى ذلك أن هناك من يذهب إلى ضمان الأضرار الناشئة عن التفزيع مطلقاً، سواء بدت نتيجة طبيعية لفعل التعدي أم منفصلة عنه وغير مترتبة عليه.

---

(89) شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري مطبوع على هامش حاشية الجمل: 81/5.

الفصل الثالث

التعسف في استعمال الحقوق

343 ـ تقديم: آثرت إفراد دراسة التعسف في استعمال الحقوق عن سائر موجبات ضمان التعدي بفصل خاص لعدة أسباب، من بينها كثرة هذه الموجبات وطول الفصل السابق، وتنوع جوانب موضوع التعسف في الشريعة، فضلاً عن وجوب العناية به والرغبة في تيسير متابعته.

وقد خرجت للناس في الحقبة الأخيرة عدة كتب حول نظرية التعسف واستعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية. من بينها كتاب علي الخفيف (الحق والذمة)[1] ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري، ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية لمحمود فتحي، ونظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني، والتعسف في استعمال الحق وفقاً لأحكام القانون المدني المصري للدكتور محمد شوقي السيد. ولا أتطرق إلى أسس نظرية التعسف ولا إلى تفصيلاتها اكتفاء بما جاء في هذه الكتب، وإنما أكتفي في هذا البحث بالنظر إلى الجوانب العملية للتعسف باعتباره خطأ أو تعديا يوجب الضمان.

المبحث الأول: مفهوم التعسف

344 ـ الحق والتعسف: الحق عبارة عن مكنة قانونية لحماية مصلحة أرادها الشارع وأوجب اعتبارها. وبهذا فإن المصلحة هي الغاية المقصودة من إعطاء الحق. فحفظ النفس مصلحة على سبيل المثال، لكن الدفاع عن النفس حق قصد منه حفظ هذه المصلحة. ومع وضوح هذا المعنى فإن هناك اتجاهاً إلى عدم التفريق بين الحق والمصلحة، يعبر عنه الأستاذ اهرنج القانوني الألماني الذي يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون[2]. وهو

(1) مكتبة وهبة: 1945.

(2) التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد: ص 13.

يرشد إلى ما بين الحق والمصلحة من ترابط.

ويعني التعسف بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعاً أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق. وقد يوضح هذا المعنى للتعسف حكم محكمة استئناف كولمار Colmar في الثاني من مايو عام 1855 حينما أدانت مالكاً أقام فوق سطح منزله مدخنة لحجب النور عن جاره بناء على وجوب تقييد استعمال حق الملكية، أو أي حق آخر لاستيفاء مصلحة حقيقية مشروعة، لا لمجرد الاستجابة للرغبات الشريرة أو الشهوات الخبيثة[3]. نعم أعطى القانون الحق للمالك في الانتفاع بسطح منزله على النحو الذي يشاء، بإقامة مدخنة أو بالتعلية، لكن هذا الحق مقيد بالأصول التي قامت عليها القوانين وهي المصالح. وإذا كانت المصالح هي مبنى الأحكام في الشريعة الإسلامية، حتى ليذكر ابن القيم في تعبيره عن هذا المعنى: (أنه حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله)[4]، فإن الأمر لا يخرج عن ذلك في النظر القانوني الوضعي. وهذا هو روسكو باوند زعيم مدرسة فقه المصالح بالولايات المتحدة الأمريكية بتعبير أحد الباحثين يقرر أن (المصالح هي التي تضغط على المشرع للاعتراف بها، فإذا ما انصاع لهذا الضغط ظهرت المصالح في صورة قواعد قانونية مقررة الحقوق والواجبات)[5]. ويرشد ذلك إلى أن المصالح في التفكير القانوني هي أصل القانون ومصدره وأن القانون هو أصل الحقوق ومصدرها.

وترتد الحقوق في القوانين والتشريعات بوجه عام إلى أمرين:

أولهما: التصرف القانوني كالعقد والإرادة المنفردة والفعل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون[6].

والثاني: الواقعة القانونية، وهي (عمل مادي يقع باختيار الإنسان وإرادته أو بغير اختياره ويرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً. مثل الواقعة الاختيارية... الحيازة، ومثل الواقعة غير الاختيارية الميلاد والموت)[7].

ويؤدي التلازم بين الحقوق والمصالح على هذا النحو إلى وجوب التقيد في استعمال الحقوق بالمصالح التي أنيطت بها، وعمل نظرية التعسف هو الرقابة على استخدام الحقوق.

(3) الوسيط للسنهوري: 837/1.

(4) المصلحة في التشريع الإسلامية لأستاذي المرحوم الدكتور مصطفى زيد، دار الفكر العربي 1974، ص 23 وما بعدها.

(5) التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد ص 30,29.

(6) مصادر الحق للسنهوري: 36/1 وما بعدها.

(7) السابق: 65/1.

345 ـ التعسف . . لمحة تاريخية. اشتمل التفكير القانوني للرومان على بعض التطبيقات العملية لنظرية التعسف. وقد نص أحد فقهائهم على أن (من حفر بئراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين لجاره لا يكون مسئولاً عن تعويض هذا الضرر، ولكنه يكون مسئولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار)[8]. ولم تجد هذه التطبيقات الجزئية لطريقها إلى الصياغة القانونية العامة لعدة أسباب، من بينها احتفاء هذا التفكير بالحقوق الفردية، وضمور مفهوم المسئولية التقصيرية. ومما يرشد إلى هذا الاحتفاء بالحقوق الفردية وجود قاعدة (من استعمل حقه فما ظلم)[9] في التفكير القانوني الروماني. ويشير برنارد شفارتز إلى بحث نشر عام 1914 م تضمن تعريف الملكية في القانون الروماني بأنها هي حق استعمال الشيء واستهلاكه، مما يعني أن حق الملكية ينطوي على حق استعمال الشيء على أي نحو، ولهذا اتجه البعض إلى أن حق الملكية في هذا القانون كان ينطوي على الحق في استعمال الأشياء استعمالاً سيئاً[10].

وقد ساد الاتجاه في الغرب إلى إعلاء الحقوق الفردية والنفور من تقييد سلطان الملكية في القرن الثامن عشر، وبلغ هذا الاتجاه ذروته في النصف الأول من القرن التاسع عشر. وغلب الشعور في هذه الأثناء بأن وظيفة القانون هي حماية حقوق الملكية المقدسة باعتبارها الأساس لصون حرية المواطن وحياته وشرفه[11]. وترجع هذه المغالاة إلى سيادة مذهب الحرية الاقتصادية Laissez Faire في القرن التاسع عشر وإلى ظروف الثورة الصناعية والحاجة الاجتماعية إلى إطلاق حرية الملكية وحماية الصناعات الناشئة من أي تدخل يبطىء تقدمها.

346 ـ وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر غيرت المحاكم في الغرب نظرتها، ومالت إلى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحقوق Abuse of Rights قاضية بأن حق الملكية ينتهي حيث تبدأ إساءة استعماله.

ويناقش القانون الانجليزي والقوانين المتفرعة عنه أحكام التعسف تحت عنوان Nuissance الذي يترجم للعربية بالمضارة. وشهدت المحاكم الغربية منذ هذه الفترة توسعاً في تطبيق هذه النظرية استجابة لتعقد الحياة الاجتماعية وتعارض الحقوق وتنوعها ونمو الوعي بوجوب الحفاظ على المصالح الاجتماعية. وأعيد في هذه الظروف تفسير القانون الروماني حتى تتضمن نصوصه الاعتراف بنظرية التعسف لإكسابها القوة اللازمة للتطبيق في

---

(8) السابق: 835/1.

(9) المسئولية المدنية للأستاذين حسين عامر، وعبد الرحيم عامر: ص 217.

(10) تاريخ القانون في أمريكا، برنارد شفارتز، ترجمة ياقوت العشماوي: ص 185.

(11) السابق: 128.

النصف الثاني من القرن التاسع عشر وما بعده.

347 ـ في الشريعة الإسلامية: ولا يبعد أن يكون الفقه الإسلامي هو مصدر القوانين الغربية في التعرف على نظرية التعسف في استعمال الحق وصياغة هذه النظرية، بل هو الأقرب إلى التأثير في هذه القوانين من القانون الروماني الذي يعد مصدر هذه القوانين في التعرف على هذه النظرية. ويترجح افتراض تأثير الفقه الإسلامي على القوانين الغربية بخصوص هذه النظرية إذا ما قورن بالافتراض الشائع الآخر نظراً لأمرين:

أولهما: عدم نضج النظرية في القانون الروماني واكتمالها في فقه الشريعة على نحو يقترب من الصورة التي تبنّتها هذه القوانين في النصف الثاني من القرن التاسع عشر.

والآخر أن الفقه الإسلامي أقرب إلى هذه القوانين زماناً وأوثق اتصالاً بها، لوجود كتبه وترجمة كثير منها في القرن التاسع عشر إلى اللغات الأوروبية. وقد عهد إلى القضاة الانجليز أنفسهم بتطبيق أحكام الفقه الإسلامي في شبه القارة الهندية لفترة طويلة تزيد على قرنين.

وقد حرصت لجنة صياغة القانون المدني المصري الجديد على الأخذ بقواعد الفقه الإسلامي في هذا الموضوع، واستمدت من هذا الفقه الضوابط التي تحكم إساءة استعمال الحق. ولا يحس المرء مع ذلك باختلاف نصوص القانون المدني المصري في هذه النظرية عن القانون الفرنسي. ويرشدك هذا إلى احتمال استمداد القانون الفرنسي من المصدر الذي أخذ منه القانون المدني المصري في موضوع التعسف.

348 ـ وقد ناقش الفقهاء أحكام حالات كثيرة من التعسف في أحكام الجوار وحقوق الارتفاق وفي بحثهم لأحكام الإتلاف والحجر. وقد ناقش الإمام السرخسي جملة من أحكام التعسف مما يتعلق بجناية الراكب وما يحدث الرجل في الطريق والحائط المائل والبئر وما يحدث فيها والنهر وما يحدث الرجل في المسجد والسوق، وذلك في آخر الجزء السادس والعشرين والجزء السابع والعشرين من كتابه المبسوط ضمن كتاب الديات. وفي المادة 1192 إلى 1234 من مجلة الأحكام العدلية بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والمعاملات الجوارية والانتفاع بالطريق وحقوق المرور والمجرى والمسيل. وفي الباب الثامن والأربعين من معين الحكام للطرابلسي بيان أحكام هذه المعاملات[12]. وأوضح ابن حزم أحكام بعض هذه العلاقات في آخر كتاب إحياء الموات، تحت عنوان خاص هو (المرفق)[13]. وفي تبصرة الحكام لابن فرحون والأصل للشيباني إلحاق مسائل التعسف

---

(12) ص: 161.

(13) المحلي 241,238/8 وما بعدها.

بأبواب الضمان. ويناقش المالكية مسائل التعدي في الملك في أبواب الشركات عقب بيان أحكام شركة الجبر التي ترادف شركة الملك عند غيرهم[14]. أما الحنابلة فيناقشون هذا الأمر تحت عنوان أحكام الجوار، ويلحق أحياناً بكتاب الصلح[15]. ويرشد هذا إلى تشتت معالجة الفقهاء لمسائل التعسف على الرغم من وضوح النظرية في أذهانهم كل الوضوح وتقعيد الأصوليين منهم لأسسها ومعاييرها العامة[16].

349 ـ قضية مصطلح التعسف: لم يرد مصطلح التعسف في عبارات الفقهاء والأصوليين، وإنما وردت بدلاً منه كلمة التعنت في المعنى نفسه عند الكاساني، كما وردت كلمة (المضارة في الحقوق. في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية فيما أشار إلى موضعه الدكتور محمد شوقي السيد[17]، وهو الذي اختاره المرحوم أبو زهرة عنوانا على مفهوم التعسف.

ويتفق العنت والعسف في إفادة معنى الظلم والمشقة والإيذاء والإضرار بالغير. ويفيد التقييد بشبه الجملة (في الحقوق أو في استعمال الحقوق) بيان سبب الظلم أو الإيذاء والإضرار. ويجوز إطلاق التعسف أو التعنت أو المضارة بهذا التقييد عنواناً على نوع خاص من الظلم، هو الناشىء عن إساءة استعمال الحق أو التصرف فيه تصرفاً مخالفاً لمقصود الشارع من شرعه. وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت والمضارة في الحقوق من اللغة الفقهية ووضوح معناهما فإن اصطلاح التعسف هو الأكثر تداولاً والأشهر استعمالاً لدى القانونيين وطلاب الفقه الإسلامي على السواء، ولا بأس باختياره ما دامت الاصطلاحات لا مشاحة فيها إذا اتضح معناها.

350 ـ وقد عرف الدكتور فتحي الدريني التعسف من الوجهة الفقهية بأنه: (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل)[18]. ويرشد هذا التعريف إلى المعنيين الأساسين اللذين يتألف منهما التعسف[19]، وهما:

الأول: المناقضة لقصد الشارع، مقصودة أو غير مقصودة. ومن الأول وهو أقدم صور التعسف أن يتعمد المكلف المخالفة ويقصد إلى الإضرار، أو يتحيل بفعل المباح لإسقاط

---

(14) حاشية الدسوقي: 360/3 وما بعدها.

(15) كشاف القناع: 404/3 وما بعدها.

(16) البدائع: 246/6.

(17) التعسف في استعمال الحق: ص 101 والطرق الحكمية: ص 310.

(18) أسبوع الفقه الإسلامي بحث المرحوم أبي زهرة في التعسف نقلاً عن المصدر السابق.

(19) نظرية التعسف في استعمال الحق: ص 87.

واجب شرعي أو لارتكاب محرم. وتؤثر النية في حكم الفعل طبقاً للقاعدة الشرعية القاضية بأن الأعمال بالنيات. وبعبارة الشاطبي فإن (العمل الواحد يقصد به أمر فيكون عبادة ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك. بل يقصد به شيء فيكون إيماناً ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا كالسجود لله أو للصنم. وأيضاً فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون). ويكفي لتوضيح تأثير النية أن القتل إذا اقترن بها يكون عمداً موجباً للقود ، إذا خلا عنها كان خطأ موجباً للدية والعقوبة التعزيرية.

والثاني: كون الفعل مباحاً في الأصل. أما لو كان من قبيل المحرم فلا يعد فعله تعسفاً في التمتع بحق، لحرمة ارتكابه وخروجه من دائرة الحقوق أو المباحات. وكذا لو كان الفعل واجباً ويعد التجاوز فيه من قبيل إساءة استخدام السلطة. ويوضحه أن الواجب على الأب أن يؤدب ولده، ويأثم شرعاً بترك هذا الواجب، فإذا أساء أداء هذا الواجب كان متعسفا في استعمال السلطة التي أولاها له الشارع[20].

351 ـ حكم المباح باستعماله استعمالاً مذموماً:

يرد التعسف على الأفعال المباحة بحسب أصلها. وإنما يتغير هذا الأصل بالاستعمال المذموم الناشيء عن أي من الأمور التالية:

(أ) القصد السيء إلى الإضرار بالغير.

(ب) عدم الاكتراث أو التبصر أو اتخاذ الحيطة لحماية حقوق الغير ومصالحه.

(جـ) الإهمال.

(د) الإضرار بمصالح الغير وحقوقه التي أوجب الشارع اعتبارها.

ويصير الفعل الذي كان مباحاً بأصله إلى الحرمة لما صحبه من قصد أو نزق أو إهمال أو لما يؤول إليه من الإضرار بالمصالح التي تكفل الشارع بحمايتها. وإذ يصير الفعل محرماً بهذا الوجه فإنه يعد من التعدي الذي أوجب الشارع الامتناع عنه. وقد مال كثير من الكاتبين في التعسف من الوجهة الفقهية إلى اعتبار التعسف أعم من التعدي أو الخطأ باعتبار أن التعدي في الشريعة كما في القانون (لا يستند إلى حق أصلاً)[21]، أو أنه لا يجري في فعل المباحات بحسب الأصل. وقد نسي الذين رأوا هذا الرأي أنه لا فرق في الحكم الشرعي، وهو الحرمة، بين ما كان في أصله كذلك وبين ما صار إليها بالنظر إلى مآله وهو الإضرار أو ما اقترن به وهو النية أو الإهمال والتقصير. وإذ حكم على الفعل بالحرمة لأصله أو وصفه فإنه يصير من باب التعدي.

---

(20) الموافقات: 324/2.

(21) نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني: ص 73.

وقد أحسن لذلك كل من أبي زهرة وأبي سنة في اعتبار التعسف من باب التعدي بالتسبب، إدراكاً منهما لعموم معنى التعدي في الفقه وشموله كل صور الإضرار بالغير، سواء ما كان منها من التعسف (الفعل المباح بأصله) أو غيره. ولا يعني قيام التعسف على قاعدة سد الذرائع والنظر إلى المآلات إخراجه من التعدي، فإن الذريعة تأخذ حكم نتيجتها أو مآلها، فإن كانت تؤدي إلى واجب فواجبة وإلا كانت ممنوعة محرمة، واعتبرت من التعدي الموجب للضمان.

ولا ينافي اعتبار التعسف من التعدي الاتجاه إلى إفراد النظرية بنص عام يتناول استعمال جميع أنواع الحقوق ولا يختص بالمسئولية التقصيرية وأسباب الضمان. ولهذا فقد نص القانون المدني المصري على أحكام استعمال الحق والتعسف في مادتيه الرابعة والخامسة ولم يعالج ذلك ضمن تناوله لأحكام المسئولية التقصيرية. وقد كان من الأوفق فيما يبدو لي أن يشار في أحكام المسئولية التقصيرية إلى النص العام المتعلق بالتعسف، باعتبار أن الحكم بالضمان هو أهم نتائج المؤاخذة على التعسف.

352 ـ الأسس العامة للتعسف في الشريعة: يقوم التعسف في الشريعة على المبادىء التالية:

(أ) الربط بين أحكام الأفعال وغاياتها أو المصالح التي شرعت من أجلها، بحيث يتغير الحكم بتغير المصالح أو المفاسد المترتبة على هذه الأفعال. هذا هو النظر إلى المآلات. فالزواج واجب على سبيل المثال إذا كانت العزوبة تؤدي إلى تيقن الوقوع في الزنا، ومحرم إذا كان يؤدي إلى الظلم ومكروه إذا خيف من الوقوع فيه، ومندوب إليه مع القدرة والخوف من الوقوع في الزنا ومباح مع القدرة عند الاعتدال.

(ب) وجوب موافقة قصد المكلف من الفعل الذي يؤديه لقصد الشارع من شرع هذا الفعل. وقد عبر الشاطبي عن هذا المبدأ بوضوح بالغ. وعبارته في هذا المعنى: (قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع. والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وألا يقصد خلاف ما قصد الشارع. ولأن المكلف خلق لعبادة الله وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة... وأيضاً فقد مر أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها من الحاجيات والتحسينات. وهو عين ما كلف به العبد، فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد إلى ذلك، وإلا لم يكن عاملاً على المحافظة، لأن الأعمال بالنيات. وحقيقة ذلك أن يكون خليفة الله في إقامة هذه المصالح بحسب طاقته ومقدار وسعه. وأقل ذلك خلافته على نفسه، ثم على أهله، ثم على كل من تعلقت له به مصلحة. ولذلك قال عليه الصلاة والسلام: «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته». وفي القرآن الكريم: ﴿وأنفقوا مما جعلكم

مستخلفين فيه﴾ وإليه يرجع قوله تعالى: ﴿إني جاعل في الأرض خليفة﴾، وقوله: ﴿ويستخلفكم في الأرض فينظر كيف تعملون﴾. وقد ذكر الشاطبي أيضاً أن (كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة. وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل. فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل)[22]. ويعني هذا أن للمباحات غايات ومصالح معينة قصد الشارع إليها بشرعه الحكم، فإذا وافق قصد المكلف الغاية التي شرعت الإباحة من أجلها استمر الفعل على الإباحة وإلا تغير الحكم.

(جـ) رفع الضرر طبقاً لما نصت عليه آيات القرآن الكريم وأحاديث النبي ﷺ.

353 ـ معيار التعسف: تتنوع معايير التعسف إلى ما يلي:

أولاً: معيار القصد أو النية، وهو المعيار الشخصي في الكتابات القانونية. ويوضحه أحد الرواد في إذاعة نظرية التعسف في فرنسا، وهو جوسران، بقوله: (إن ذلك التاجر الذي يتوسع في أعماله يعلم تماماً أن عملاءه يُقْتَطَعُون من عملاء أقرانه التجار، وقد يكون في ذلك إفلاس بعضهم)[23]. وإنما يتحقق هذا المعيار بأن يقصد المرء إلى الإضرار بالغير. ويشير الشاطبي إلى هذه الصورة بالتفريق بين تمحيض القصد إلى الإضرار وبين العمل على جلب المصلحة ودفع المفسدة مصحوباً بالقصد إلى الإضرار، كالمرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه والإضرار بغيره. وفي رأيه أنه لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على ألا ضرر ولا ضرار في الإسلام. لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير، هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه؟ أم يبقى على حكمه الأصلي من الإذن، ويكون عليه إثم ما قصد؟ هذا مما يتصور فيه الخلاف على الجملة. وهو جار على مسألة الصلاة في الدار المغصوبة. ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً، وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة أو درأ تلك المفسدة حصل له ما أراد أو لا. فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار فلينقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار. وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير فحق الجالب أو الدافع مقدم، وهو ممنوع من قصد الإضرار. ولا يقال إن هذا تكليف بما لا يطاق فإنه إنما كلف بنفي قصد الإضرار، وهو داخل تحت الكسب لا بنفي الإضرار بعينه)[24].

ومفاد هذا النص:

---

(22) نقلاً عن التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد: ص 129.

(23) السابق: 33/2.

(24) الموافقات: 349/2.

ـ يمنع المرء من الفعل إذا تمحض قصده للإضرار بالغير أو كان مظنة القصد إلى ذلك. فالقصد إلى الإضرار في الوصية حرام شرعاً، لقوله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار)، ويمنع منها إذا كانت لوارث، ويمنع مما زاد على الثلث إذا كانت لأجنبي بما يجاوزه إلا بإذن الورثة، كما يمنع منها في رواية عن مالك وفي قياس مذهب أحمد[25].

ـ يحرم الفعل كذلك إذا اجتمع فيه قصد نفع النفس ونية الإضرار بالغير، كالمرخص في سلعته لتحقيق منفعته ولإضرار غيره من التجار، ويمنع فاعله من فعله إذا وجد طريقاً لتحقيق منفعته دون إضرار بغيره. فمن يحفر بئراً في أرضه قريباً من بئر غيره بحيث يؤدي حفر البئر الجديد إلى نضوب القديم يؤمر بأن يحول بئره إلى مكان أبعد في أرضه تجنباً لتعطيل بئر جاره إن وجد سبيل لذلك، وإلا لم يمنع، حتى لا يتحمل هو الضرر لنفع غيره ويؤمر مع ذلك بعدم القصد إلى الإضرار بغيره.

ثانيا: معيار النظر إلى نتيجة الفعل وثمرته، بحيث يعد الفعل تعسفاً طبقاً لما أجمله الشاطبي في الأحوال التالية:

(أ) تهديد الفعل لمصلحة من المصالح العامة ويمنع فاعله، (لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة. وقد زادوا في مسجد رسول الله ﷺ من غيره، مما رضي أهله وما لا[26]، وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة)[27]. ويتفق هذا الاعتبار إلى حد ما مع معيار الغاية الاجتماعية الذي نادى به (جوسران) في تمييز أفعال التعسف. وفي رأيه أن الحقوق لها وظائف اجتماعية وأن غاياتها مرسومة محددة، (بحيث يعد متعسفاً في استعمال حقه من يهدف إلى تحقيق غايات غير اجتماعية أو غير مشروعة أياً كانت المصلحة الشخصية التي يهدف إليها من جراء استعمال الحق)[28]. ويختلف هذا النظر عما أخذ به الشاطبي، فقد أطلق (جوسران) الانتصار للمصلحة العامة على حين أن الشاطبي فيما يبدو لي يشترط في تقديم المصلحة العامة العمل على جبر الضرر الخاص ما أمكن.

(ب) تهديد الفعل لمصلحة من المصالح الخاصة، بحيث يكون أداؤه إلى الإضرار بالغير لازماً أو ظنياً أو كثيراً. . فإن كان الأداء إلى المضرة لازماً منع فاعله من هذا الفعل،

---

(25) أحكام القرآن للقرطبي: 81,80/2.

(26) أي لم يرض أصحاب الأراضي التي أخذت في المسجد.

(27) الموافقات: 350/2.

(28) نقلاً عن التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد: ص 137.

لأن توخيه لهذا الفعل مع ما فيه من مضرة (لا بد فيه من أحد أمرين إما تقصير في النظر المأمور به، وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار، وهو ممنوع أيضاً، فيلزم أن يكون ممنوعاً من ذلك الفعل. لكن إذا فعله فيعد متعدياً بفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة)[29]. أما إن كان الأداء إلى المفسدة مظنوناً محتملاً فيترجح المنع من الفعل واعتبار فاعله متعدياً وإن لم يقصد إلا مصلحة نفسه من جهة أنه مظنة التقصير[30]. ويختلف ذلك عما إذا كان أداء الفعل إلى المفسدة نادراً فإنه لا يعد من التعسف، ويحمل على أصله من الإذن، (لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا عبرة بالندور في انخرامها، إذ لا توجد مصلحة عرية عن المفسدة جملة، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود. ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة مع معرفته بندور المضرة عن ذلك تقصيراً في النظر ولا قصداً إلى وقوع الضرر فالعمل إذاً باق على أصل المشروعية)[31].

(جـ) عدم التناسب بين المصلحة المرغوبة وبين المضارة المتوقعة، وذلك إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، أو مؤدية إلى ضرر فاحش يلحق بالغير.

المبحث الثاني: التصرف في الملك

354- مذهب الأحناف: يصور الكاساني مذهب أبي حنيفة في نوع الحق الذي يثبت للمالك على ملكه تصويراً لم أجده عند غيره، حيث يبدأ بذكر القاعدة الضابطة لمذهب الإمام ثم يثني بذكر ما يتفرع عنها. وعبارته في ذلك: (حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره، ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق. وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة. وكذلك حكم الحق الثابت في المحل). إذا عرف هذا فنقول: للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء، سواء كان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى، فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحى أو تنورا وله أن يقعد في بنائه حداداً أو قصاراً، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً[32] وإن كان يهن من ذلك البناء، ويتأذى به جاره. وليس لجاره أن يمنعه، حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه، لأن الملك مطلق للتصرف في الأصل والمنع

(29) الموافقات: 358/2.
(30) الموافقات: 360/2.
(31) السابق: 359/2.
(32) الديماس هو الحمام كما جاء في القاموس المحيط والمعجم الوسيط.

منه لعارض تعلق حق الغير فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع. إلا أن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب للحديث: قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه. ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لأنه لا صنع منه في ملك الغير[33].

ويرشد ما سبق إلى أن مذهب متقدمي الأحناف هو تقييد حق المالك في التصرف في ملكه بالنظر إلى الحقوق القانونية لغيره في ملكة لا بالنظر إلى الإضرار بالغير. ومفاده أن للمالك أن يتصرف في ملكه على أي وجه شاء وإن أضر بغيره على الرغم من حرمة هذا الضرر ديانة، لكن لا يمنع منه قضاء، لكن لا يجوز للمالك أن يؤدي تصرفه إلى التأثير في حقوق ملك غيره. ولذا لا يجوز أن يزرع زرعاً أو شجراً تتدلى أغصانه وفروعه إلى ملك الجار، ويؤمر بقطع الأغصان المتدلية، لا لإضرارها بالجار بل لشغلها ملكه دون إذنه، وهو لا يجوز.

غير أن متأخرى الأحناف قد شغلهم فيما يبدو إضافة قيد آخر إلى حق التصرف في الملك، هو عدم الإضرار بالغير (ضرراً بيناً) بتعبير الحموي الذي أشار إلى الخلاف بين المتقدمين من الأحناف وبين المتأخرين في توضيحه للحكم بالمنع من اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين. وقوله في هذا الصدد: (اعلم أن في جنس هذه المسائل اختلافاً حاصله أنه لا يمنع على أصل الإمام، وهو أن كل من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم وإن لحق بالغير الضرر. وأفتى بهذه الطائفة. لكن ترك غالب المتأخرين ذلك في موضع يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضرراً بيناً، وقالوا بالمنع، وعليه الفتوى في كثير من المعتبرات)[34]. وقد أدى الاستناد لمعيار الضرر إلى تطور في المذهب الحنفي ذي مغزى عميق الدلالة فيما يتعلق بالنظر إلى حق الملكية.

ويسجل البغدادي في مجمع الضمانات جنباً إلى جنب فتاوى متناقضة تتضمن إيجاب الضمان للتصرف في الملك تصرفاً ضاراً بالغير وعدم إيجابه في أحوال مماثلة. ولا حل لهذا التناقض إلا برد الفتاوى التي لا توجب الضمان بهذه التصرفات إلى المرحلة المتقدمة في المذهب، ورجع الفتاوى التي توجبه إلى مذهب متأخري الأحناف.

أما المجلة العدلية فقد أخذت بمذهب المتأخرين وأوجبت الضمان في تصرفات المرء في ملكه إذا أدت هذه التصرفات إلى الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً. وفي المادة 1199 من هذه المجلة تعريف الإضرار الفاحش بأنه هو (كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً يكون سبب

---

(33) بدائع الصنائع: 246/6.

(34) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر للحموي: 121/1.

انهدامه). وفي المادة 1192 النص على تقييد التصرف في الملك بعدم التعرض لحقوق الغير، ولفظها: (كُلٌّ يتصرف في ملكه كيف شاء. لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال..) ويتفرع عن ذلك ما جاء في المادة 1195 من هذه المجلة بلفظ: (من أحدث في داره بيتاً فليس له أن يبرز رفرافه على هواء دار جاره، فإن أبرزه يقطع القدر الذي جاء على هواء تلك الدار). لكن المادة 1198 تضيف إلى قيد (حق الغير) قيد (عدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً) حسبما أخذ به متأخرو الأحناف، ولفظها: (كل أحد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً).

ومع ذلك فقد توسعت لجنة المجلة في اعتبار أضرار كثيرة من قبيل الضرر الفاحش، مع أن بعض هذه الأضرار لا يدخل في الضرر الفاحش بالتعريف الذي تضمنته المادة 1199 السالفة الذكر، والتي حددت هذا النوع من الضرر بما يضعف الملك ويوهنه ويؤدي إلى زواله أو بما يمنع منفعته الأصلية المقصودة منه. وتشمل الأضرار المضمونة حسبما جاء في المادة 1200 وما بعدها الأمور التالية:

(أ) إضعاف البناء: من ذلك أن يتخذ أحد إلى جوار دار (دكانَ حداد أو طاحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن... وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها نهراً إلى طاحونه، وجرى الماء يوهن جدار الدار، أو اتخذ أحد في أساس جدار جاره مزبلة، وإلقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه برفع الضرر... كذلك لو أحدث رجل دكان طباخ في سوق البزازين وكان الدخان يضر بأمتعة الجار ضرراً فاحشاً فإنه يكلفه رفع ضرره. وكذلك إذا كان لرجل سياق في داره فانشق وتضرر جاره من جري مائه ضرراً فاحشاً فبناء على دعواه يلزم تعمير ذلك السياق وإصلاحه)[35].

(ب) منع المنفعة الأصلية المقصودة من الملك: ويشمل ذلك كلاً من الأمور التالية:

ـ الرائحة السيئة: يمنع من إحداث فرن أو معصرة إلى جوار دار لا يستطيع صاحبها السكنى فيها (لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة. فهذا كله ضرر فاحش بأي وجه كان يدفع ويزال)[35].

ـ سد الضياء: (سد الضياء بالكلية ضرر فاحش. فإذا أحدث رجل بناءً سدّ به شباك بيت جاره، حتى صار لا يقدر على القراءة من الظلمة فله أن يكلفه رفع الضرر الفاحش. ولا يقال الضياء من الباب كاف لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب. وإن كان لهذا المحل شباكان سد أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً)[36].

(35) المادة: 1200 من العدلية.
(36) المادة: 1201 من العدلية.

- **الغبار**: (لو أحدث رجل بيدراً في قرب دار آخر وبمجيء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيها فله أن يكلفه رفع ضرره)[37].

- **العدوان على حق الخصوصية والاطلاع على الأماكن المخصصة للنساء كالمطبخ وصحن الدار**: (رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر تعد ضرراً فاحشا. فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناء مجددا وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق فإنه يؤمر بـرفع الضرر. . إما ببناء حائط أو وضع طبلة، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية)[38].

أما حجب الهواء ومنع دخول الشمس وحجب النظر والرؤية فليس من الضرر الفاحش[39]. لكن القضاء الانجليزي قد اعتبر حجب النظر في قضية Campbell v.. Paddington ضرراً يتعين رفعه. وفي هذه القضية أقام المدعى عليه منصة تستوعب عددا من المشاهدين لبعض المسابقات الرياضية مما أدى إلى حجب رؤية هذه المسابقات من شرفة المدعي التي كان يقوم بتأجيرها. ويقترب المذهب الحنفي بما أضافه المتأخرون وبما فسرته مجلة الأحكام العدلية من المذهبين المالكي والحنبلي في التعسف.

355 - مذهب الظاهرية والشافعية: لا يتقيد حق المالك في ملكه عند الظاهرية بمراعاة نفع غيره. وعبارة ابن حزم في هذا الصدد: (لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقاً)[40]. ولكن لا يجوز للمالك أن يؤدي تصرفه إلى الافتيات على حق غيره في ملكه. يرشد إلى هذا قول ابن حزم: (ليس لأحد أن يرسل ماء سقفه أو داره على أرض جاره أصلاً. فإن أذن كان له الرجوع متى شاء، لقول رسول الله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام». فإطلاقه ماء داره على أرض جاره تصرف منه في مال غيره، وهو عليه حرام. والإذن في ذلك إنما هو ما دام إذناً لأنه لم يملكه الرقبة، والإذن في شيء ما اليوم غير ما لم يؤذن له فيه غداً بلا شك وبالله التوفيق)[41].

وتفريعاً عليه فإنه يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه وإن أدى إلى الإضرار بغيره إذا لزم هذا الإضرار عن هذا التصرف، ولا يمنع منه. أما إذا لم يقتض التصرف الضرر واستقل فإنه يمنع من هذا الضرر. ولعل هذا ما ترشد إليه الفروع التي أوردها ابن حزم، فعنده أن (لكل أحد أن يعلي بنيانه ما شاء وإن منع جاره الريح والشمس لأنه لم يباشر منعه بغير ما

(37) المادة: 1200 من العدلية.

(38) المادة: 1202 من العدلية.

(39) المادة: 1201 من العدلية.

(40) المحلى: 241/8.

(41) المحلى: 242/8.

أبيح له. ولكل أحد أن يبني في حقه ما شاء من حمام أو فرن أو كمد أو غير ذلك، إذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك) . وكذلك يجوز عنده (لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره أو في درب غير نافذ، ويقال لجاره ابن في حقك ما تستر به على نفسك إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط)[42].

ومفاده أن للمالك أن يتصرف في ملكه بالتصرفات المباحة، لا يمنع من شيء منها عموماً، وإن أضر هذا بغيره. وإنما يمنع من التصرفات غير المباحة كالاطلاع على عورات الجار عموماً لحرمة ذلك في الشرع، كما يمنع من التصرفات الضارة المقصودة أو التي لا يؤدي تجنبها إلى تعطيل حقوق الملك. وهذا هو ما يستنتج من قول ابن حزم: (ولا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى وقد حرم الله تعالى إيذاء المسلم). وهو بهذا يعترف بنوع من التعسف الخاص بالأضرار المقصودة أو التي لا تلازم بينها وبين الاستمتاع بحقوق الملكية.

وإذا كان ابن حزم يذهب إلى إطلاق حرية المالك في ملكه بالاستناد إلى النصوص فإنه يقترب من مذهب الحرية الاقتصادية Laissez Faire الذي أذاعه آدم سميث في القرن التاسع عشر. وطبقاً لهذا المذهب فإن الحرية الشخصية والملكية الفردية توأمان متلازمان ويفضي كل منهما للآخر. ومع ذلك فإن النصوص السابقة الذكر تدل على أن ابن حزم كان يميل إلى تقييد التصرف في الملك بحقوق الغير في التصرف في ملكه وبألا يكون الضرر مقصوداً أو التصرف مشروعاً.

356 ـ ويطلق الشافعية كذلك حرية المالك ولو ترتب عليها الإضرار بغيره، ويرون أنه لا يمنع من التصرف في ملكه مراعاة لإضرار هذا التصرف بغيره، حتى لا يحمل عليه في ماله ما ليس بواجب عليه[43]. وتفريعاً على ذلك صرح بعضهم بجواز فتح كوة مشرفة على الجار وعلى حريمه، وليس للجار منع المالك من فتح هذه الكوة، (لأنه إذا أراد رفع جميع الحائط لم يمنع منه فإذا رفع بعضه لم يمنع)[44]، ولإمكان دفع الجار للضرر عن نفسه ببناء ما يستر في ملكه. ويستند هذا المذهب إلى القاعدة القاضية بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان. فمن يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

357 ـ مذهب المالكية والحنابلة: اعتبر المالكية والحنابلة المآلات في النظر إلى الأفعال والحكم عليها، فالفعل محرم إذا كان يؤدي إلى ما نهى عنه الشارع. وعلى المكلف

---

(42) السابق: 241/8.

(43) الأم: 222/3.

(44) مغني المحتاج للشربيني الخطيب: 187/2، وحاشية الجمل: 363/3.

النظر إلى ما يحتمل أن يؤدي إليه فعله، فإن كان يؤدي إلى المفسدة لازماً أو كثيراً أو غالباً وجب عليه الامتناع عن هذا الفعل وإلا ضمن، من جهة أن إقدامه على الفعل مع أدائه إلى المفسدة على هذا النحو مظنة القصد إلى المفسدة أو التقصير في النظر المأمور به شرعاً إلى ما يؤول إليه فعله، فيكون متعدياً في ذلك وهو سبب الضمان على ما قد علمت مما ذكرته للشاطبي. والنظر إلى المآلات هو أساس الحكم بالتعدي في الإهمال وفي كثير من أنواع التعدي بالتسبب. ولا يعد الفعل من التعدي إذا كان أداؤه إلى المفسدة نادراً.

ويقابل النظر في مآلات الأفعال معيار توقع نتائج السلوك Foreseeability في القانون الانجليزي. ومفاد هذا المعيار أن الفعل لا يعد خطأً موجباً للتعويض إذا لم يكن بوسع الشخص المعتاد Reasonable Man أن يتوقع النتيجة التي ترتبت على هذا الفعل لندرة حدوثها بعده. ويكون الفعل خطأً إذا كان بوسع الرجل المعتاد أن يتوقع to foresse ما يؤول إليه الفعل.

358 ـ قيد المالكية والحنابلة من أول الأمر استعمال الحق بأمرين.

الأول: عدم التعدي على حقوق الغير، سواء استضر الغير بهذا التعدي أم لا. فمن يزرع شجرة تمتد فروعها إلى هواء أرض الجار يؤمر بقطع هذه الفروع. ولا يدفع تعديه إثبات انتفاع الغير بظل هذه الفروع وعدم استضراره بامتدادها، لأن التصرف في ملك الغير لا يجوز إلا برضاه. وإلا لانفتح باب واسع للتسلط على أموال الآخرين بحجة نفعهم، وهو مناف لمفهوم حق الملكية.

الثاني: عدم الإضرار بالغير إذا كان مآل الفعل إلى الضرر لازماً أو كثيراً غالباً.

ويشمل التعدي بهذا الاعتبار عندهم كلاً من:

(أ) القصد إلى الإضرار.

(ب) التصرف في الملك على وجه الإهمال إذا ترتب عليه الإضرار بالغير. من ذلك أن يوقد ناراً في أرضه في يوم ريح لإحراق الحشائش التي يريد إحراقها، فإذا تعدت إلى أكداس جاره ضمن بتعديه في استعمال حقه[45]. ويتفق المالكية والحنابلة مع بعض محققي الأحناف من المتقدمين خلافاً لما أخذ به كبار أئمتهم؛ ففي معين الحكام نقلاً عن

---

(45) لا يخفى شيوع القضايا المتعلقة بانتقال النار من أرض إلى ما حولها. وفي قضية Vauhab v. Menlor (1837) حذر المدعي المدعى عليه من أن إشعاله للنار في أرضه قد يؤدي إلى انتقالها منها وإحراقها للحصاد الجاف لهذا المدعي. ورد المدعى عليه بأنه سيضع هذا الاحتمال في اعتباره، وأشعل النار التي انتشرت في أرض الجار وأضرت بممتلكاته. وقد حكم القاضي بمسئولية المدعى عليه عن هذه الأضرار مشيراً إلى أن القانون ينظر إلى الفعل دون النية. وعبارته Law looks at the action and not to the intention. وهذا صحيح في الفقه الإسلامي بالنسبة للغرامات لا العقود والعبادات.

الجامع الصغير لمحمد بن الحسن من كتاب الإجارات أنه لو استأجر أرضاً فأحرق الحصائد فاحترق كدس غيره لا يضمن. وينقل الطرابلسي عن السرخسي الضمان لو أحرقت الحصائد في يوم كان فيه ريح[46]. وأمثلته كثيرة.

(جـ) التصرف في الملك على الوجه المعتاد إذا لزم عنه الضرر بالغير أو غلب وكثر. وفي هذا يختلف المالكية والحنابلة عن غيرهم فإنهم يقيدون التصرف في الملك بعدم الإضرار بالغير بأدلة شرعية لا تحصى، على رأسها قوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار، وقوله: إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام.

359 ـ وينتج رأي المالكية والحنابلة في تقييد حق الملكية بعدم الإضرار بالغير، جارا أو غير جار، نتيجة على قدر كبير من الأهمية، هي التوسع في مسئوليات شاغل العقار وحائزه. فلا يجوز له عند المالكية أن يجعل في جدار سوره قضيبا محددا أو عيدانا لتدخل في رجل من يريد الدخول إلى حائطه[47]. وليس افتراض المسألة على اطلاقها. ويغلب على الظن تقييد عدم الجواز بالاستتار وخفاء القضيب المحدد أو العيدان عن أعين من يريدون الدخول. أما لو كانت بارزة واضحة فيغلب على الظن جواز اتخاذها في مذهب المالكية. يرشد إلى هذا التقييد مذهب الحنابلة والمالكية فيما لو حفر بئراً في داره وستره ليقع فيه الداخل فعليه ضمانه[48]. وفي تبصرة الحكام أن من حفر بئراً في ملكه ليتلف به سارقاً فإنه يضمنه لو تلف بوقوعه فيه[49]. ويضمن الحائز من باب أولى لو أهمل في اتخاذ ما يلزم لسلامة الداخلين إلى ملكه بإذنه ورضاه. فإذا عثر الداخل للدار المأذون له في دخولها بالدرج المكسور في سلم هذه الدار فالضمان على صاحبها تخريجاً على مذهب المالكية والحنابلة، ويعد متعدياً بإهمال إصلاح هذا الدرج والإذن للزائر بالدخول. ولا يبعد أن يجب الضمان على من يتخذ كلباً مؤذياً لحراسة داره من الداخل إذا عض غير المأذون له في الدخول. ولا يدفع هذا الضمان التعلل بحقه في الدفاع عن نفسه أو ماله، لأن حالة الدفاع غير قائمة بشروطها المعتبرة. وفي تبصرة الحكام النص على هذه المسألة؛ فقد جاء فيها أن (من اتخذ كلباً لداره ليعقر من يريد الدخول ضمن)[49].

360 ـ ولا فرق عند المالكية والحنابلة في الأضرار المضمونة بالتعسف بين الأضرار المادية المتعلقة بأعيان الأموال وبين الأضرار الأخرى المتعلقة بمنفعتها أو بالانتفاع بها على الرغم من الموقف العام السائد في الفقه الإسلامي، وفي القانون العرفي الانجليزي، وهو الاتجاه إلى العناية بأعيان الأموال والحفاظ عليها ومنع الأضرار المتعلقة بها مع التساهل فيما

---

(46) معين الحكام للطرابلسي: 207,206، ولسان الحكام: 281.

(47) تبصرة الحكام: 346/2.

(48) كشاف القناع: 511%5, 7/6.

(49) تبصرة الحكام: 346/2.

يتعلق بالمنافع. وتتضح جهود المالكية والحنابلة في الحفاظ على أعيان الأموال ومنافعها والانتفاع بها بالنظر إلى أنواع الأضرار التي سعى هذان المذهبان إلى منعها عن طريق بإلحاقها بالأضرار المضمونة. وفيما يلي إشارة موجزة إلى أنواع الأضرار التي أوجب علماء المذهبين جبرها والمنع منها.

المبحث الثالث: الأضرار المضمونة في التعسف

361 ـ الأضرار المضمونة في التعسف: تتنوع الأضرار المضمونة في الفقه الإسلامي تنوعاً كبيراً قد يصعب على الحصر. وفيما يلي بيان بأهم هذه الأضرار:

أ ـ الإتلاف والإضعاف كاتخاذ بئر أو حفر قناة قريبة من جدار للغير. ومن ذلك سؤال مطرف عن (النحل يتخذها الرجل وهي تضر بشجر الناس إذا نورت، أو يتخذ برجاً في القرية للعصافير ليصيب من فراخها، فقال: أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر الناس في زرعهم وشجرهم. وقال أشهب: النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت. وعلى أهل القرية حفظ زرعهم. وقاله ابن القاسم)[50].

ب ـ الإضرار بالصحة: يجبر المرضى بالأمراض المعدية على اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع انتشار هذه الأمراض وانتقالها إلى غيرهم. وفي كشاف القناع أنه (لا يجوز للجذماء مخالطة الأصحاء عموماً، ولا مخالطة أحد معين صحيح إلا بإذنه. وعلى ولاة الأمر منعهم من مخالطة الأصحاء بأن يسكنوا في مكان مفرد لهم ونحو ذلك. وإذا امتنع ولي الأمر من ذلك أو المجذوم أثم. وإذا أصر على ترك الواجب فسق)[51].

وينسب فعل كل من المريض وولي الأمر إلى التعدي، وهو ما يلائم فرض الضمان عليهما لو مرض أحد بمخالفتهما الواجب عليهما شرعاً. وهو يدل على أنه لا يشترط أن يكون الفعل الموجب للضرر مادياً. ولا يبعد وجوب الضمان طبقاً لذلك على من اقتنى حيوانات مريضة بأمراض معدية إلى جوار مزارع لتنمية الحيوانات والطيور، إذا انتقلت إليها الأمراض ذاتها وثبت برأي الخبراء قيام ركن السببية.

جـ ـ الرائحة: مذهب متأخري الأحناف المنع من اتخاذ ما يؤذي الجار برائحته. ويبدو أن المالكية والحنابلة هم الذين عنوا بالنص على ذلك. فلا يجوز عندهم أن يحدث أحد مدبغة، أو (يفتح بقرب جاره مرحاضاً ولا يغطيه، أو ما تؤذي رائحته، لأن الرائحة المنتنة تحرق الخياشيم وتصل إلى الأمعاء فتؤذي الإنسان، وهو معنى قوله ﷺ: «من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مساجدنا يؤذينا بريح الثوم». وكل رائحة تؤذي يمنع منها

---

(50) تبصرة الحكام: 356/2.

(51) كشاف القناع: 126/6.

لهذا. قال: وبه العمل)[52]. وفي حاشية الدسوقي النص على المنع من اتخاذ ما له (دخان كحمّام وفرن ومطبخ وقمين، ورائحة كدباغ ومذبح ومسمط. . . للضرر الحاصل من ذلك. والمراد الحادث مما ذكر لا القديم) [63]. وما أصاب صاحب السعال من ضرر وضيق نفس بإثارة دخان فهو مضمون على من أثاره[54]. وريح الطبيخ إذا كان يضر بامرأة حامل وجب الامتناع عن إعداد مثله، وإن علم استضرارها بهذا الريح وأضرها في نفسها أو حملها فالإثم والضمان على الطابخ.

ولم يعترف القانون الانجليزي بهذا النوع من الإيذاء أو المضارة Nuisance إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر. ولم يتطلع مفكروه إلى العمل على المنع من الأضرار غير العينية إلا في هذه الأثناء. ومن القضايا الرائدة في هذا الصدد قضية Benjamin (1874) v. Storr، حيث كان للمدعي خان (قهوة) في حديقة دير، واعتاد المدعى عليه أن يترك خيوله بعربتها التي تجرها أمام هذا الخان. ورفع المدعي الأمر إلى القضاء مطالبا بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء اعتراض الخيول والعربة في الطريق على نحو يعوق المرور فيه، ويمنع الضوء عن الخان، ويصرف الرواد عنه للرائحة السيئة التي تنبعث من الفضلات التي تلقيها هذه الخيول. وقد رأت المحكمة التعويض عن هذه الأضرار. وفي قضية St. Helen's Smelting Co. v. Tipping (1865) اشترى المدعي أرضاً بجوار مصنع الشركة المدعى عليها، وثبت له فيما بعد تأثير الدخان المنبعث من هذا المصنع على الأشجار والنباتات المزروعة في هذه الأرض التي اشتراها. ودافع المدعى عليه بأن هذه المنطقة التي أقيم فيها المصنع منطقة صناعية، وأن العمل يجري في هذا المصنع على النحو المألوف في المصانع المماثلة. وعلى الرغم من موافقة المحلفين Jurors على جريان العمل في المصنع بالأسلوب المألوف في غيره من المصانع فقد رأوا أن المكان الذي أقيم فيه لا يعد مناسباً، وصدر الحكم بتعويض المدعي عن الأضرار التي لحقت به[55].

د ـ الانتفاع بالأموال: تؤثر بعض الأضرار على منافع العقارات، كحجب الضوء والشمس ومنع الريح عنها. وقد نسب ابن عتاب للإمام مالك أن (جميع الضرر يجب قطعه إلا ما كان من منع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس وما كان في معناهما إلا أن يثبت القائم في ذلك أن محدث ذلك أراد الضرر بجاره)[56]. واختار بعض المالكية أنه لا يمنع

(52) تبصرة الحكام: 369/2.

(53) حاشية الدسوقي: 369/3 والمذبح المكان المعد للذبح، والمسمط هو الإناء الذي يوضع فيه مصارين البهيمة ورأسها وكرشها ويسمط فيه ذلك في الماء الحار لإزالة قذرها.

(54) المبدع: 343/8.

(55) Hepple and Mathews on Tort, P.513, Dias and Markesinis, P. 225.

(56) تبصرة الحكام: 362/2.

من التعلية لحجب الضوء أو الشمس إلا بأحد أمرين: **أولهما**: القصد إلى الإيذاء والمضارة، **والثاني**: أن يمنع الضوء أو الشمس بالكلية حتى يظلم عليه[57]. ولذا فإنه لا يمنع من التعلية ببنائه إذا كان الضوء يأتي للجار من أية جهة أخرى غير جهة التعلية. وقد يوضح ذلك قضية Poul v. Robson حيث كان للمدعي دار من ثلاث طوابق بواجهة جنوبية وأخرى شرقية بفتحات عدة ينفذ منها الضوء والهواء. وكان للمدعى عليه دار في الجهة الشمالية من طابق واحد في بعض أجزائها، بارتفاع 21 قدماً، ومن طابقين في أجزائها الأخرى، بارتفاع اثنين وأربعين قدماً، فأضاف إليها ثلاثة طوابق أخرى، دون أن يؤثر ذلك في المسافة الفاصلة بين الدارين وقدرها سبعة عشر قدماً. وفي عريضة الدعوى أكد المدعي تضرره بفعل جاره الذي تسبب في منع الضوء والشمس عن مبناه إلى حد يخل بالانتفاع به. لكن القاضي حكم بأنه لا حق للمدعي في هذه الدعوى لنفاذ الضوء والهواء إلى الحد اللازم للسكنى أو للعمل من جهة أخرى. وأيدت محكمة الاستئناف الحكم عند نظر الدعوى أمامها.

هـ ـ الخسائر المادية ونقص الأرباح: لو أدى التصرف في الملك إلى التأثير في عامل من العوامل الطبيعية على نحو لا يمكن تجنب نتيجة هذا التصرف فإنه يمنع الفاعل من هذا التصرف. من ذلك أن يحفر بئراً قريبة من بئر الجار، بحيث يؤدي الحفر إلى نقص المياه المتجهة إلى البئر القديمة. أما إذا لم يؤد الحفر إلى مثل هذا الإضرار فلا يمنع منه. جاء في تبصرة الحكام: (وليس للرجل منع جاره من حفر بئر في داره إذا كانت الأرض صلبة لا تضر ببئره. وإن كانت رخوة وخشي أن ينشف ماء بئره منع إذا قال ذلك أهل البصر. وروى سحنون عن ابن كنانة أن له أن يحفر وإن أضر بجاره في بئره. وليس عليه العمل)[58]. ومعناه أن العمل عند المالكية هو المنع من حفر بئر جديدة إذا أضرت ببئر الجار، وهذا الاتجاه المرجوح عند المالكية هو ما أخذ به القضاء الإنجليزي عام 1895 في قضية Bradford Corporation v. Pickles، حيث أراد المدعى عليه Pickles بيع أرضه للشركة المذكورة بثمن معين لم توافق عليه، فأراد فرض هذا الثمن ودفع الشركة إلى التعجيل بالشراء بأن حفر بئرا في أرضه مما أدى إلى نقص المياه التي تصل إلى آبار الشركة. ولما رفعت هذه الشركة الأمر إلى القضاء صدر الحكم بأن تصرف المدعى عليه بالحفر في أرضه فعل مشروع لا يوجب التعويض عما ينشأ عنه من ضرر. وفي رأي القاضي Lord Halsbury الذي عبر عنه في حيثيات حكمه في هذه القضية أن الحالة الذهنية للفاعل في مثل هذه التصرفات لا تغير من طبيعة حقه، وأن له أن يستعمل حقه إذا كان الفعل مشروعاً حتى ولو كانت نيته فاسدة[59].

(57) تبصرة الحكام: 365/2.

(58) السابق: 363/2.

(59) Hepple and Mathew on Torts, P. 563.

ومن هذا الجنس ما ذكره ابن فرحون في (إحداث رحى على نهر فوق رحى قديمة تضرها في نقصان طحن أو كثرة مؤنة أو في غير ذلك ضرراً بيناً فذلك ممنوع. قاله ابن القاسم. ولو لم يتبين لأهل المعرفة في ذلك ضرر قيل له: عمّر، فإن أضررت منعناك)[60].

أما التأثير بالمنافسة وإنشاء مشروع مماثل والاستحواذ على نسبة من العملاء على نحو يؤدي إلى نقص العائد فلا يعد من التعسف، ولا يمنع من إقامة هذا المشروع. جاء في التبصرة: (وأما إحداث ما ينقص الغلة مثل أن يحدث فرناً بالقرب من فرن جاره فهذا لا يمنع منه اتفاقاً)[60]. وفي حاشية الدسوقي: (لا يمنع من إحداث ما ينقص الغلة اتفاقاً كإحداث فرن قرب فرن أو حمام قرب حمام آخر أو طاحون قرب طاحون آخر)[61].

ولعل الفارق بين حفر بئر إلى جوار بئر آخر، مع ما يلزم عنه وهو نقص المياه، وبين إقامة حانوت إلى جوار حانوت آخر مع ما يفضي إليه من توزيع عملاء الحانوت القديم على الحانوتين، هو في أن النقص في الأول نتيجة مباشرة لفعل الحفر فيتسبب لفاعله على حين أن النقص في الثاني يضاف إلى فعل العملاء، وليس افتتاح الحانوت إلا سببا غير مباشر، وتغلب المباشرة السبب حسبما تقدم. ومن جهة أخرى فإن المنافسة في المصالح العامة أمر مشروع، وهي أسلوب معترف به شرعاً لتحقيق المصالح التي ندب إليها، ولا يلائمها بهذا الاعتبار أن تكون سبباً للضمان، فالقاعدة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان.

و ـ الضوضاء: لا يمنع من الأصوات المعتادة ولا الضارة ضرراً يحتمله الناس في العادة. أما إن كان الضرر الناشيء عن الأصوات مما لا يحتمله الناس عادة لقوته ودوامه أو لاجتماعه مع أضرار أخرى تزيد من تأثيره فإنه يمنع منه. وهذا هو ما يستنبط من النصوص التالية: .

جاء في التبصرة: (قال ابن عتاب، تنازع الشيوخ ببلدنا قديماً وحديثاً في الرجل يجعل في داره أو في شبه ذلك ما له دوي وصوت يستضر به الجار مثل الحداد، فقال بعضهم يمنع منه إذا عمل فيه بالليل والنهار. وقال بعضهم: لا يمنع منه. وقال ابن سعيد: الذي اتفق عليه مشايخنا أن يمنع من العمل بالليل إذا أضر بجاره ولا يمنع بالنهار. قاله ابن عبد ربه)[62].

وجاء في حاشية الدسوقي: (لا يمنع من صوت ككمد وهو دق القماش وقصار وهو الذي يبيض القماش وحداد وبخار... وصوت صبيان بمكتب بأمر معلمهم لا أصواتهم

(60) تبصرة الحكام: 365/2.
(61) حاشية الدسوقي: 370/3.
(62) تبصرة الحكام: 370/2.

للعب فيمنعون. ودخل أيضاً صوت معلم الأنغام وصوت الكروان المتخذ للصياح والحمام المتخذ للهدير. وظاهر المصنف عدم المنع ولو اشتد صوت كالكمد ودام. وفي المواق خلافه وأن محل عدم المنع ما لم يشتد ويدوم. وإلا فيمنع من ذلك)[63].

وقد نص فقهاء المالكية على منع الشخص من إحداث اصطبل للدواب بباب جاره، وإن كان في ملكه (بسبب بولها وزبلها وحركتها ليلاً ونهاراً ومنعها الناس من النوم) وكذلك الطاحون وكير الحداد وشبهه[64].

وترشد هذه النصوص إلى المعاني التالية: .

ـ أن هناك درجة من الضوضاء والأصوات المزعجة لا تعد من التعسف ولا يمنع منها، وذلك إذا كانت مألوفة معتادة ولا تنفك عن الأعمال المحققة للمصالح الأساسية للمجتمع كأصوات الصبيان بالمكتب وأصوات قص الثياب وصبغها.

ـ الضوضاء التي لا يتناسب الضرر الناشىء عنها مع ما تحققه من مصالح مما يحق الامتناع عنه، كأصوات لعب الصبيان والطيور المتخذة للهو.

ـ يمنع كذلك من الضوضاء التي تتسبب في الإضرار بالناس ضرراً لا يحتملونه لشدتها واستمرارها وتكررها في أوقات غير مناسبة كأن تصدر بالليل فتمنع الناس من النوم.

وقد اعتبر القضاء الانجليزي الضوضاء والروائح الكريهة، حتى أواخر القرن التاسع عشر، من الأضرار التي يجب احتمالها والتجاوز عنها، تحاشياً لفتح أبواب النزاع، وخوفاً من صعوبة تقدير التعويض عنها. ولكنه اتجه إلى الاعتراف بحق المتضرر في استصدار حكم بمنعها فيما بعد هذا التاريخ[65].

ز ـ المضارة بالاطلاع والتعدي على حق الخصوصية: نص فقهاء المالكية على حكم التعدي على هذا الحق في مواطن عديدة. من ذلك ما ذكروه في حكم إحداث غرفة يطلع منها على اسطوان جاره وأنه يمنع من ذلك. والاسطوان في عرف المغاربة هو دهاليز الدار في عرف المشارقة، وإنما حكموا بالمنع لأن الاسطوان هو المكان الذي يجلس فيه أفراد الأسرة وخاصة النساء مع شيء من التخفف في ملابسهن، فيؤدي الاطلاع إلى المضرة بعدم تمكنهن من الجلوس فيه، حيث لا يأمنّ رؤية الجار لهن[66]. ويمنع من اتخاذ مجلس أو حانوت قبالة باب الجار، ويؤمر بالتنكيب قليلاً عن هذا الباب. ومذهب ابن القاسم في

---

(63) حاشية الدسوقي: 370/3.

(64) تبصرة الحكام: 363/2، وحاشية الدسوقي: 369/3.

(65) Dias and Markesinis on Torts, P.2261.

(66) تبصرة الحكام: 365/2.

المدونة أن له اتخاذ مثل هذا المجلس أو الحانوت في السكة النافذة. وهو رأي ابن وهب[67] . وفي مختصر الواضحة أنه لا يمنع من البناء في علو يشرف منه على دور الجيران، إذا كان اطلاعه عليهم بسبب علو مكانه كما لا يمنع من فتح النوافذ والكوى إذا كانت جميعها تطل على دور الجيران. أما إذا كانت الكوى تطل في بعض المواضع ولا تطل في البعض الآخر فيؤمر باتخاذها في المواضع التي لا يطلع منها على دور الجيران، توفيقا بين مصلحته وبين مصلحتهم[68]. ويفرق بعضهم بهذا الاعتبار بين السكة النافذة وبين السكة غير النافذة[69].

ع ـ المضارة بتسرب المواد الخطرة إلى ملك الغير: إذا كانت القاعدة أنه لا يجوز لأحد (أن يحدث على جاره ما يضره)[69] فإنه لا تجوز حيازة المواد الخطرة التي قد تتسرب إلى أرض الجار وتضره إلا باتخاذ ما يلزم من العناية والتحوط لمنع مثل هذا الضرر. يوضحه ما جاء في التبصرة في تحامل الماء على الجسور ولم يكن الذي جسرها احتاط فيها فإنه يضمن. وكذا لو احتاط في تجسيرها وأغفل تسريح المياه حتى انهدم الجسر أو بعضه وانتقلت المياه إلى أرض الجار وأتلفت شيئاً من أمواله[70]. وقد اعترف القضاء الانجليزي بضمان تسرب الأشياء الضارة Escaping of Dangerous Things في قضية Rylands v. Flitcher (1868) الشهيرة في تاريخ هذا القانون.

وفي هذه القضية أراد المدعى عليه الذي كان يملك طاحوناً أن يبني مستودعاً لتخزين المياه اللازمة لإدارة هذا الطاحون، واستأجر خبراء لإنشاء هذا المستودع. واكتشف فيما بعد وجود فجوات مطمورة أسفل مكان إقامة المستودع. تتصل بأرض المدعي التي كانت منجماً للفحم، حيث تسربت المياه إليها، وهو ما أدى إلى حدوث أضرار طائلة[71] . وقد تطور الحكم في هذه القضية إلى القاعدة العامة التالية: إذا جمع شخص في أرضه أية مواد لمصلحته هو مما يحتمل الإضرار بالغير إذا تسرب إلى عقاره فإن هذا الشخص يعد مسئولاً عن الأضرار المباشرة التي يتسبب فيها فعله[72]. وأعتقد أن استنباط مثل هذه القاعدة من الأمثلة التي ذكرها الفقهاء في انتقال الماء والنار إلى أراضي الجيران أمر لا يبعد عما ترشد إليه عباراتهم.

---

(67) تبصرة الحكام: 366/2، وحاشية الدسوقي: 369/3.

(68) تبصرة الحكام: 364/2.

(69) السابق: 366/2.

(70) تبصرة الحكام: 350/2.

(71) Dias and Markesinis on Torts, p. 267. Also see Hepple and Mathews on Tort, p. 538.

(72) Dias and other on Torts, p. 267.

المبحث الرابع: الأضرار العامة Public Nuisances

362 ـ تقديم: لا يجوز إحداث ما يؤذي جمهور الناس ويمنع انتفاعهم بالمرافق العامة كالطرقات والأنهار والترع. وتتنوع هذا الأضرار تنوعاً يستعصي على الضبط. وأهم ما يميزها عن الأضرار الخاصة Private Nuisance احتمال وقوعها لكل أحد من المنتفعين بهذه المرافق على حين تختص سابقتها بالجيران الأقارب أو الأباعد الذين يقطنون في المنطقة التي نشأ فيها الضرر. ويغلب وقوع الأضرار العامة في التعديات على حقوق المارة في الطرق وحقوق المنتفعين بالآبار العامة والأنهار. وقد عقد البغدادي فصلاً خاصاً بهذا النوع من التعدي بعنوان: (فيما يحدث في الطريق فيهلك به إنسان أو دابة، وفيه مسائل الآبار والأنهار)[73]. وإنما شغل الفقهاء بتناول هذا التعدي بالتفصيل لتأثيره على انتفاع الجماهير بهذا المرفق الذي لا يستغني عنه أحد، ولا تستطيع الدولة إغضاء الطرف عن مثل هذا التعدي لأثره في تعطيل مصالح الناس وفي تعريض سلامتهم للخطر. ولا يبعد لذلك أن يحكم القاضي بإيقاع العقوبات التعزيرية المتنوعة على الافتيات على حقوق العامة في هذه المرافق، حسب طبيعة هذا الافتيات ودرجته والمخاطر التي يؤدي إليها[74].

363 ـ ومن أمثلته ما لو وضع رجل (في الطريق حجراً أو جذعاً أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفاً أو جناحاً أو ميزاباً أو ظلة فعطب بها إنسان كان ضامناً. فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذي أحدثه في الطريق، وصار كأنه دفع الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة، والمدفوع كالآلة... ولو سقط الجناح أو الكنيف وأتلف إنساناً، ثم عثر رجل بنقض الجناح، ورجل بالقتيل، فعطبا كان ضمان الكل على صاحب الجناح والكنيف. هذه في آخر فصل الحائط المائل من قاضيخان. وفي الخلاصة: إخراج الجناح والجرصن والميزاب، إن كان يضر بالمسلمين لا يسعه، وإن كان لا يضر يسعه أن يفعل. وعليه ضمان ما عطب سواء أضر بالمسلمين أو لم يضر. ولو فعل بإذن الإمام لا يضمن)[75].

وفي التبصرة أنه (إذا كان الجدار مائلاً من أصل البناء فعلى صاحبه الضمان. وإن كان بناه على الاستقامة ثم طرأ عليه الميل فأنذر صاحبه وأشهد عليه بذلك وأمكنه تداركه

---

(73) مجمع الضمانات: ص 176.

(74) جاء في التبصرة: 347/2 أن (من وضع سيفاً بطريق أو غيره يريد قتل رجل فعطب به ذلك الرجل فقد قال ابن القاسم في المجموعة يقتل به. فإن عطب به غيره فالدية على عاقلة الجاعل، لأن الأول قصد إلى قتله، بخلاف الثاني فإنه لم يرد قتله، كمن رمى رجلاً يريد قتله فأصابت الرمية غيره، فإن حكمه حكم الخطأ والدية على عاقلته). ويرشد هذا إلى جواز العقوبة مفردة أو مجتمعة مع الحكم بالضمان.

(75) مجمع الضمانات: ص 177.

ولم يفعل فعليه ضمان ما تلف. وإن لم ينذر ففي الضمان خلاف. قال ابن القاسم: إن لم يشهد عليه لم يضمن وإن كان مخوفاً. وقال أشهب إن بلغ إلى حالة لا يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو ضامن وإن لم يشهد عليه. والإشهاد لا يكون إلا من القاضي أو ممن له النظر في ذلك. ولا ينفع إشهاد غير القاضي. أما نهي الناس وإشهادهم فليس بلازم إلا أن يكون ذلك في بلد ليس به حاكم. فإن إشهاد الجيران والناس في ذلك كاف. قال بعض القرويين: ينظر، فإن كان رب الحائط مقراً بضرره نفع الإشهاد دون حاكم وإن كان منكراً فلا بد من التقدم إلى الحاكم)[76]. وفي تبيين الحقائق أن الإشهاد على الحائط المائل ليس شرطا لقيام الضمان وإنما هو شرط لإثبات سببه[77].

364 ـ شروط الضمان بالتعدي في الطريق العام: يمنع المتعدي ويضمن ما تسبب فيه فعله من ضرر بالشروط التالية:

(أ) ألا يكون الفعل مأذوناً فيه شرعاً أو عرفاً أو ممن له حق الإذن. ولذا لا يمنع من المرور في الطريق ولا يضمن ما يتسبب فيه بالرش المعتاد للطريق تسكيناً للغبار والأتربة، وله أن يفرغ مدخله إلى داره من الثلوج في البلاد التي تكثر فيه. ويحمل ما ذكره السرخسي في إيجاب الضمان برش الطريق على ما ليس من قبيل المعتاد. وعبارته: (ولو رش الطريق أو توضأ في الطريق فعطب بذلك الموضع إنسان فهو ضامن لأن ما أحدث في الطريق من صب الماء يلحق الضرر بالمارة ويحول بينهم وبين المرور مخافة أن تزل أقدامهم)[78]. أما غسل السيارة أو إصلاحها أو إيقافها على الطريق العام فهو من التعدي الموجب للضمان. وليس لولي الأمر أن يخص أحداً من المسلمين بشيء من الطريق الخاص، لأنه ملك للشركاء فيه، (وليس للإمام ولاية النظر في الملك الخاص لإنسان بتقديم غيره فيه، بل هو في ذلك كسائر الرعايا. وإنما يثبت له حق الأخذ من الملك عند تحقق الضرورة وخوف الهلاك على المسلمين بشرط العوض، كما يكون لصاحب المخمصة، فلهذا لم يعتبر إذن الإمام هنا)[79].

وليس له كذلك أن يخص أحداً من المسلمين بشيء من الطريق العام إلا ما دعت إليه الضرورة أو الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة، لأن القاعدة أن نظر الإمام على الرعية منوط بالمصلحة. وقد ذكر السرخسي أنه لا يجوز للإمام أن يعطي شيئاً من الطريق العامة للمسلمين، (ولا ينبغي للذي يعطى أن يأخذ من ذلك شيئاً، لأن الحق في ذلك الموضوع

---

(76) تبصرة الحكام: 347/2.

(77) تبيين الحقائق للزيلعي: 258/5، وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: 828/5, 381/6.

(78) المبسوط: 7/27, 203/23.

(79) السابق: 203/23.

ثابت للمسلمين، وللإمام ولاية استيفاء حقهم دون الإسقاط وإيثار غيرهم عليهم في ذلك)[80].

أما إذا كان الفعل مأذوناً فيه ممن له حق الإذن بشرط عدم الإضرار بالمصالح العامة فلا ضمان تطبيقاً للقاعدة الفقهية: الجواز الشرعي ينافي الضمان. وقد نصوا على أنه لو حفر بئراً في طريق واسع لنفع المسلمين جاز إن كان بإذن الإمام[81].

(ب) أن يكون الفعل مظنة إحداث الضرر، فلو حفر بئراً بدون إذن الإمام في طريق واسع لمصلحة المسلمين احتمل الضمان، إذ البئر مظنة العطب[81]. أما بسط حصير في المسجد وتعليق قنديل ونصب عمود وإقامة باب فلا ضمان لما تلف به إذا تم على وجهه الصحيح، أذن الإمام أو متولي المسجد أو جيرانه أم لا[81]، لندرة حدوث الضرر من مثل هذه الأفعال وتجردها للمصالح ولنفع المسلمين.

(جـ) اشتمال الفعل على معنى الإهمال أو التعدي. أما إذا كان الفعل مأذوناً فيه بأصله ووصفه الذي تم به فلا ضمان. ولهذا فإنه يضمن ما ينشأ عن فعله من الضرر لو جلس في مسجد للبيع والشراء، لتعديه. وحكى بعض الحنابلة الجزم في عدم الضمان بالجلوس في جوانب الطرق الواسعة لبيع مأكول ونحوه، (لامتناع الخلاف في عدم جوازه. لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص، فهو كالجلوس في ملكه من غير فرق)[82]. أما الجلوس في الطرق الضيقة التي لا تتسع لغير المرور فلا يجوز ويصير متعدياً بفعله فيترتب عليه الضمان. ولم يجز أحمد بن حنبل إخراج الأجنحة والساباطات والخشب والحجارة من الجدر إلى الطريق، واعتبره من التعدي، ولو أذن الإمام فيه، لأنه لا حق له في هذا الإذن، ويترتب عليه الضمان[82]. وأما الميازيب ومسايل المياه فكذلك عند بعض الفقهاء. وعند بعض آخر احتمال الجواز مع انتفاء الضرر. واختاره طائفة من متأخري الحنابلة[83].

(د) ترتب الضرر على الفعل وعدم انقطاع النسبة بينهما: أما لو انقطعت نسبة الضرر إلى الفعل فلا ضمان. ولهذا لو وضع خشبة في الطريق فنقلها آخر من مكانها إلى مكان غيره فعطب بها إنسان فالضمان على الذي نقلها لا على الذي وضعها. لكن لا يعد نقل الملكية بالبيع أو الهبة مما يقطع نسبة الفعل إلى نتيجته فيما نص عليه الفقهاء. ولذا لو (وضع ساجة في الطريق أو خشبة باعها من رجل وبريء إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على الذي وضعها لأنه كان متعدياً في وضعها، فما بقيت في ذلك

(80) السابق: 203/23.

(81) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام: 77.

(82) السابق: ص 79.

(83) السابق: ص 80.

المكان بقى حكم فعله. وكما أن انعدام ملكه في الخشبة لا يمنع وجوب الضمان عليه بوضعها في الطريق فكذلك زوال ملكه بالبيع)[84]. ولو أشرع جناحاً من داره إلى الطريق ثم باع الدار فكذلك، ويضمن ما تولد عنه من ضرر[85].

365 ـ مقارنة: يقصد بالأضرار العامة Public Nuisances في القانون الانجليزي الافتيات على حقوق العامة فيما لهم أن يرتفقوا به. ويدل هذا الاصطلاح بصفة خاصة على التعدي في الطرق العامة وإساءة الانتفاع بها Abuse of the highway. ويؤثر هذا النوع من التعسف على حقوق الكافة الذين يجوز لأي منهم أن يتقدم إلى القضاء لاستصدار حكم بمنعه وللتعويض عما أصابه من ضرر. وهو يفترق في هذا عن التعديات الخاصة Private Nuisances التي تصيب فردا بعينه أو عدة أشخاص. وقد اعتبرت المكالمة التليفونية التي أبلغت كذبا عن وجود متفجرات من قبيل التعديات الخاصة في الحكم الصادر في قضية R.v. Madden، عام 1975، على أساس أن عامل التليفون وثمانية من رجال الشرطة الذين تولوا البحث عن القنبلة هم الذين تأثروا بهذه المكالمة المزعجة[86].

ومن حق المتضرر أن يطالب بالضمان وجبر ما لحق به من ضرر، سواء كان التعدي خاصاً أو عاماً. ولذا فإن من ينصب أي شيء يعوق المرور ويعرض سلامة المنتفعين بالطريق للخطر يعد متعديا على حقوق العامة، لكنه يطالب بتعويض من لحق به الضرر على وجه الخصوص شريطة التعدي أو الإهمال. وفي قضية Noble v. Harrison سقط غصن شجرة مزروعة في أرض المدعى عليه على سيارة المدعي أثناء قيادتها في الطريق العام الذي أطل هذا الغصن عليه فحكمت المحكمة عام 1926 بأن مجرد تدلي الغصن إلى الطريق العام لا يعد من التعدي، بحكم أنه لا يعوق المرور في هذا الطريق، وأن المدعى عليه ليس مسئولاً عن الضرر، برغم ما في تدلي هذا الغصن من خطر، لأن هذا التدلي لا ينسب إلى فعله، كما أنه لم يكن على علم مطلقاً بوجود هذا الغصن أو تدليه[87]. أما إذا نسب الضرر إلى فعل المدعى عليه فإنه يكون مسئولاً ويضمن. ففي قضيةWringe v.Kohen (1940) سقطت بعض أجزاء من مبنى للمدعى عليه لعدم العناية بإصلاح هذا المبنى فاستحق المدعي التعويض عما لحقه من ضرر لقيام التعدي ونسبة الضرر إلى فعل المدعى عليه.

وعلى السلطات العامة في الشريعة أن تتعهد طرق المسلمين بالعناية والإصلاح،

---

(84) المبسوط للسرخسي: 8/27.

(85) مجمع الضمانات: ص 177.

(86) Dias and Markesinis on Torts P. 255.

(87) السابق: 257.

وتأثم هذه السلطات إن خالفت هذا الواجب. وقد أحس عمر رضي الله عنه بهذا الواجب في شكواه من كثرة مسئولياته وتنوعها حتى شملت ما يعرض لبغلة تعثرت في طريقها بالعراق. ولم يعترف القانون العرفي الانجليزي بمسؤولية هيئة الطرق العامة عن عدم الفعل أو الترك Non-Feasance فانحصرت مسئوليتها في الفعل السيىء Misfeasance الإيجابي حتى صدور مرسوم 1961[88] الذي ألغى هذه التفرقة فأصبحت هذه الهيئة مسئولة عن كل من إهمال واجباتها في صيانة الطرق وعما ترتكبه من أخطاء.

366 ـ التلوث وحماية البيئة: استعمال الملك والانتفاع بحقوق الملكية مقيد في الشريعة بعدم الإضرار بالأفراد أو الجمهور. وقد ناقش الفقهاء أحكام أنواع التعديات المعروفة في عصورهم تحت عناوين متنوعة كأحكام شركة الملك، وأحكام الجوار، وأحكام ما يحدث الناس في الطرق. وحكموا عموما بوجوب المحافظة على البيئة الخاصة فيما يدل عليه نصهم على المنع من اتخاذ دكان حداد في سوق البز، كيلا يؤدي الدخان المنبعث من كير الحداد إلى إفساد بضاعة البزازين. وإذ حكموا بمنع طبخ ذي الروائح المؤذيه فإنهم أوجبوا على صاحب الأرض الفضاء بين المساكن أن يعنى بنظافة هذه الأرض مما يضعه الناس فيها من مخلفات حتى لا ينبعث منها ما يؤذيهم. وقد شهد العصر الحديث زيادة كبيرة في أنواع الأضرار العامة الناشئة من استعمال الناس لممتلكاتهم. من ذلك إنشاء المصانع في المناطق المأهولة بما تنفثه من دخان وأتربة في صدور القاطنين لهذه المناطق، وما تخلفه من أضرار على الصحة العامة للإنسان والحيوان والنبات. ويكفي الالتفات إلى حوادث ناقلات البترول العملاقة وتأثيرها المدمر وإلى هذه النفايات الذرية لمعرفة أنواع الأضرار الحديثة الناشئة عن التصرف في الملك في هذا العصر والتي تختلف في درجتها وطبيعتها عن تلك الأضرار التي منعها الفقهاء المسلمون في عصورهم. ويجب العمل من باب أولى على منع هذه الأضرار الحديثة على الأسس الفقهية ذاتها الضابطة لأحكام التصرف في الملك وبالنظر إلى القواعد الفقهية التالية:.

- لا ضرر ولا ضرار.
- دفع الضرر مقدم على جلب المصلحة.
- يدفع الضرر قدر الإمكان.
- المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.
- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

وإذ ثبت بيقين إضرار التلوث البيئي بحياة الإنسان وصحته وبممتلكاته فلا وجه للتردد

(88) The Highways (Miscellaneous Provisions) Act 1961.

في تطبيق هذه القواعد الشرعية واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتوقي هذه الأضرار، وذلك من وجهين:

أولهما: سن التشريعات واللوائح المنظمة لاستخدام الممتلكات والأشياء التي تسبب التلوث، ومنع إصدار التراخيص بإنشاء المصانع في المناطق المأهولة (قارن هذا بمسألة المنع من إنشاء دكان حداد في سوق البزازين). ولا يخفى أن لولي الأمر الحق في اتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقائية، فالقاعدة أنه مقيد في نظره بمقتضيات المصلحة العامة.

والثاني: النص على اعتبار مظاهر معينة كالدخان أو الرائحة أو الأصوات المزعجة دليلاً على الضرر، وتخويل أي شخص ممن يحتمل إصابته بأضرار من هذه المصادر الحق في رفع دعوى الحسبة لمنع الضرر قبل وقوعه. وإذا كانت تكاليف التقاضي في المحاكم الحديثة فوق طاقة أفراد كثيرين فمن الواجب أن يعهد إلى إدارة معينة في الدولة بتلقي شكاوى الأفراد في هذا الصدد ومتابعتها في دور المحاكم لو اقتنعت هذه الإدارة بجدية الشكوى.

لقد جاء في تبصرة الحكام أن المعيار هو (مراعاة الضرر. وقد تقدم عن المدونة أنه لا يجوز أن يحدث على جاره ما يضره. فاعتبر الضرر)[89] ويشمل الجار في هذا السياق كل من يحتمل تأثره بالفعل الضار الذي يقوم به الشخص لتخريج أحكام هذه المضار الحديثة على أحكام الأضرار التي نص عليها الفقهاء المسلمون.

وتدل هذه الملاحظات العامة على مرونة نظرية التعنت أو التعسف في الفقه الإسلامي وإمكان تصديها والاعتماد عليها لعلاج هذه الظواهر المدمرة لحياتنا الحديثة. وقد التفت عدد من القانونيين الإنجليز إلى إمكان الاستناد إلى التعسف أو Nuisance لمقاومة مشاكل التلوث وللعمل على الحفاظ على البيئة[90].

---

(89) تبصرة الحكام: 366/2.

(90) Dias and Markesinis on Torts, p. 262.

القسم الثالث

الواجب بالضمان

367 ـ تقديم: موضوع هذا القسم هو النظر فيما يوجبه الضمان من أحكام تتعلق بوجوب الدية والأروش المقدرة وغير المقدرة، أو بوجوب رد العين المغصوبة أو مثلها وقيمتها، وكالحكم بفعل مثل طم البئر وتسوية الشارع أو إزالة الميزاب وكالحكم بوجوب الامتناع عن فعل من الأفعال مثل عدم إلقاء التراب في ملك الغير، وما إلى ذلك من أحكام تتعلق بالتعدي وتنشأ عنه. وتشترك هذه الأحكام جميعها في أن القصد منها هو رفع الضرر وإزالته.

ويتألف هذا القسم من فصلين:

أولهما: جوابر الأضرار المتعلقة بالنفس الإنسانية والعرض والسمعة.

والثاني: جوابر الأضرار المالية والخاصة.

وأناقش أحكام كل منهما فيما يلي على الترتيب السابق نفسه.



جوابر الأضرار البدنية

المبحث الأول: مفهوم التعويض

368 ـ أنواع الجوابر: يعني الحكم بالضمان على شخص لتعديه الحكم. بمسئوليته عن الضرر الواقع بغيره. ويترتب على قيام مسئوليته عن هذا الضرر وجوب العمل بوجه عام على منع الاستمرار فيه وجبره بالتعويض عنه أو بغير ذلك من الجوابر التي تناولها الفقهاء على نحو مشتت في مواطن متفرقة يفتقر إلى الترتيب المنطقي والوضوح. ومن الواجب جمع هذه الجوابر في سياق واحد لتحديدها وبيان أحكامها، وهو الهدف من هذا الفصل. وإجمال هذه الجوابر بالنظر إلى الأضرار في نوعين:

أولهما: الجوابر لمافات من النفس والأطراف والمنافع الراجعة إليهما. ويشمل هذا النوع من الجوابر ما اصطلح عليه في الفقه الإسلامي بعنوان الديات والأروش المقدرة والأروش غير المقدرة (حكومة عدل).

والثاني: الجوابر لما فات من الأموال بغصبها أو بإتلافها أو إتلاف منافعها. وتشمل هذه الجوابر الأخيرة كلاً من النوعين التاليين:

(أ) الجوابر النقدية: كوجوب القيمة.

(ب) الجوابر العينية: كوجوب رد عين الشيء أو مثله في الغصب والاستيلاء على أموال الغير بغير حق.

والثالث: الجوابر الخاصة، وتشمل الحكم بلزوم فعل Mandatory Injunction أو المنع من فعل Prohibitory Orders أو بمجرد الحكم التفسيريDeclaratory Judement.

369 ـ التقدير: تشمل طرق تقدير التعويض فيما يستخلص مما ذكره الفقهاء الأنواع التالية:

1 ـ التقدير الاتفاقي: بين المخطىء أو الضامن وبين المتضرر.
2 ـ التقدير القضائي: الذي يستند إلى اجتهاد القاضي ورأيه.
3 ـ التقدير الشرعي: الذي سنه الشارع.
وإجمال الأسس التي تضبط هذه التقديرات جميعها فيما يلي:

(أ) لا يقصد بجبر الضرر إثراء المتضرر ولا إعانته على ظروف المعيشة ولا التبرع له، وإنما يقصد به على وجه العموم إعادة الأمر إلى حالته التي كان عليها قبل حدوث الضرر، كلما كان ذلك ممكناً.

(ب) يعوض عن الضرر المباشر الذي ينسب إلى فعل الضامن. أما الأضرار غير المباشرة التي لا تنسب إلى فعل المتعدي فلا يكلف بجبرها.

(جـ) يقدر التعويض بقدر هذا الضرر بلا زيادة أو نقصان، وإلا كان أكلاً لمال الناس بالباطل إلا في الأحوال التي يغلظ التعويض فيها للتشديد على المعتدي وزجره عن عدوانه.

(د) تنقسم الجوابر إلى قسمين: **أولهما**: الجوابر المخففة، وهي التي تقاس بمقدار الضرر. **والثاني**: الجوابر المغلظة، وهي التي تدل على إرادة الشارع إظهار الحدب على المتضرر وإعلان النفور من سلوك المدعى عليه. ويرشد وجود دية مخففة في الخطأ وأخرى مغلظة في شبه العمد وتضعيف الغرم على من يأخذ مال الغير ويتصرف فيه لإثراء نفسه بهذا التصرف إلى اعتراف الفقهاء بهذا التقسيم لأنواع الجوابر. ولعل الهدف من تغليظ الواجب هو زجر المعتدي وغيره عن ارتكاب مثل هذا العدوان. وتتلامس الخطوط الفاصلة بين الضمان والعقوبة في هذه الأحوال التي يمكن إجمالها فيما يلي:

الأول: القتل شبه العمد. ووجه التغليظ فيما يوجبه هذا القتل ارتفاع أسنان الإبل الواجبة في ديته. وقد روى عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «ألا إن في قتيل عمد الخطأ، قتيل السوط والعصا، مائة من الإبل، منها أربعون خلفة في بطونها أولادها»[1].
وفي المعنى نفسه روى عمرو بن شعيب أن رجلاً يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية: ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة. ومع تغليظ دية شبه العمد فإن العاقلة هي التي تتولى الوفاء بها. ولا تعليل له بارتفاع قيمتها فإن هذا المعنى لم يمنع من إيجابها في مال القاتل عمداً، وإنما يعلل بمجموع ارتفاع قيمتها وحرص الشارع على تعويض أولياء المقتول، ولأن في فرض الدية عليه استئصالاً للقاتل وإجحافاً به، (وكل أحد لا يأمن على نفسه بأن يبتلي بمثله، وعند ذلك يحتاج إلى إعانة غيره فينبغي أن يعين من ابتلي ليعينه غيره إذا ابتلي بمثله، كما هو العادة بين الناس في التعاون والتوادد. فهذه صورة

(1) انظر هذا الحديث وتخريجه في نيل الأوطار: 167/7.

أمة متناصرة وجبلة قوم قوامين بالقسط شهداء لله متعاونين على البر والتقوى. وبه أمر الله تعالى الأمة[2]. والدية الواجبة عند امتناع القصاص في القتل العمد دية مغلظة هي الأخرى.

ومع أن دية الخطأ ليست مغلظة هذا التغليظ فإنها تتضمن نوعاً من التشديد في مقدارها. فألف دينار بأسعار عصر النبوة والخلافة الراشدة، وهو ما يعادل مائة من الإبل ومائتين من البقر وألفين من الغنم، ثروة تغني أسرة كاملة، ولعلها تزيد في أكثر الأحوال عن مقدار الضرر المادي الذي لحق بأفراد هذه الأسرة، حتى ولو كان المصاب عائلاً لهم.

الثاني: أخذ مال الغير مما يصعب وضعه في حرز أو حراسته طول الوقت؛ فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سئل رسول الله ﷺ عن الثمر المعلق فقال: من أصاب منه بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه. ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة. ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع). وفي رواية قال (سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله ﷺ عن الحريسة التي توجد في مراتعها، قال فيها ثمنها مرتين وضرب نكال. وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن. قال يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها، قال من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن)[3].

وبهذا فإن الجوابر المغلظة لا تنحصر في الإصابات البدنية وإنما تتعدى ذلك إلى الأموال في الظروف التي تقتضي التشديد، كأن يريد الجاني إثراء نفسه عن طريق الإضرار بغيره. والذي يخلص من هذا كله أن بوسع القاضي أن يحكم بتغليظ التعويض وزيادته عن الضرر في الأضرار المالية والإصابات البدنية إذا أراد الزجر عن العدوان في الأحوال التي تقتضي هذا الزجر.

370 ـ مفهوم جبر الضرر: قصد الشارع إلى تغليظ الواجب لزجر المعتدي في أحوال معينة يجوز القياس عليها بشروطه حسبما تقدم. أما في غير هذه الأحوال فإن قصد الشارع من الضمان وتحديد المسئولية هو العمل على جبر الضرر بحمله على المعتدي. ومع أن كلمة (جبر) هذه التي استعملها الفقهاء في إشارتهم إلى مقصود الشارع من الضمان كلمة موحية ودقيقة في الاستعمال الحسي فإنها تكتسب نوعاً من الغموض بإضافتها إلى الضرر، نظراً لتعدد أنواعها وكثرتها واختلاف السياقات التي تجري فيها، وهي لهذا بحاجة إلى بيان يوضح كيفيات جبر الأضرار المختلفة ومقاصد الشارع من هذا الجبر.

---

(2) المبسوط: 125/27.

(3) تخريج هذه الأحاديث في نيل الأوطار: 7/301 وما بعدها.

371 ـ الجبر الكامل: المقصد من إثبات الحقوق المالية أو التعويض لمُضرر هو جبر الضرر كله بحيث تحمل نتائج التعدي على فاعله. وتتنوع جوانب الضرر على نحو يشمل الأضرار المالية والبدنية والأدبية، كما أنها تختلف فيما بينها في يسر تقويم بعض هذه الأضرار وتعذر تقويم بعضها الآخر كالإصابات البدنية أو الأدبية، وهو ما يجعل وضع هدف الجبر الكامل لجميع الأضرار موضع التطبيق العملي أمراً فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية والجهود البشرية. إذ كيف يتسنى لقاض أو خبير أو عدد منهم أن يصل إلى تقويم عادل للآلام النفسية التي تسبب فيها أحد المعتدين على أموال المتضرر أو حقوقه الأخرى، مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على انصراف المتضرر لعمله وإخفاقه أو نجاحه في هذا العمل. ثم كيف يمكن جبر يد قطعت أو شلت أو نفس أزهقت؟ ألا يعد هذا ضربا من التعلق بالخيال؟ وأجد لهذا أن ما يعلنه التفكير القانوني الحديث عن القصد بالتعويض إلى محو آثار العدوان كلية، ورفع الضرر بالكامل والعودة بالمتضرر إلى الحالة التي كانت عليها قبل حدوث الضرر، أمر غير مقبول على إطلاقه، لعدم إمكانه في كثير من الأحوال.

372 ـ ويجب لهذا إحلال القصد إلى الجبر التقريبي محل القصد إلى الجبر الكامل نظراً لصعوبة تقدير الأضرار المتنوعة في السياقات المختلفة باختلاف الأشخاص والظروف العامة. وعلى الرغم من الوعي بصعوبات التقدير والتقويم للأضرار **Assessability** في التفكير القانوني الحديث فقد اتجه هذا التفكير إلى تعقب بنود الأضرار المحتملة وعمل على إبرازها والتعويض عنها على نحو يتسم بالتحكم والذاتية، وهو ما يؤدي إلى قلة التعويضات التي تقضي بها المحاكم في أكثر الأحايين وإلى المغالاة فيها وزيادتها في أحيان قليلة، وخاصة بالنسبة لما يتعلق من الأضرار بنجوم المجتمع وأصحاب الجاه فيه. وأدى هذا الأسلوب إلى أن صارت أحكام الضمان أسلوباً مستقلاً لفرض سوء توزيع الثروات حسبما يتضح فيما بعد. لقد هدف القانون الإنجليزي إلى التعويض عن الجروح **Injuries** ونفقات علاجها، وهي أضرار يمكن تقديرها على نحو تقريبي، لكنه سعى إلى التعويض عن المكاسب الفائتة المتوقعة والواقعة، وعن النقص المتوقع في عمر المصاب **Reduction of Expectation of Life** حتى لتقدر إحدى المحاكم النقص الذي تسببت فيه الإصابة في عمر المضرور بثلاثين عاماً قضت بتعويضه عنها[4]. ولا جدال في أن الأعمار بيد الله عز وجل فيما هو ثابت يقيناً وحساً ومشاهدة. ويعمل القضاء الإنجليزي كذلك على التعويض عن فقد الطاقات والقدرات Loss of Amenities وعن الحرمان **Bereavement** وفقد العائل وعن الآلام والمعاناة **Pain and Suffering**. وليس هناك أسلوب علمي يستند إلى أية درجة من الموضوعية في تقويم هذه الأضرار. وعلى سبيل المثال فإن حساب تعويض المصاب بالشلل بالتعدي عليه على أساس النظر إلى العمر المفترض لمن كان في مثل ظروفه،

(4) انظر قضية Oliver V. Ashman (1962).

وحساب ما كان يكسبه في الفترة الباقية له من هذا العمر بعد خصم تكلفة نفقاته الخاصة في الذهاب للعمل وغير ذلك أمر ينطوي على قدر غير قليل من التحكم.

ولعل الدافع إلى إفراد هذه الأضرار بتعويضات خاصة هو الحرص على تحقيق العدالة وحمل نتائج التعدي على المتسبب فيه. لكن هذه النية المفعمة بالخير قد انتهت إلى نتائج معاكسة فيما يبدو.

373 ـ الأسس العامة للتعويضات: يجب الاتفاق على الأسس التي يقوم عليها النظر إلى الأنظمة المختلفة للتعويضات حتى يمكن قياس نجاحها أو إخفاقها والمقارنة بينها وفق معايير موضوعية. وأهم هذه الأسس فيما يبدو لي في الأمور التالية:

1 ـ يسر تقدير التعويض منعاً لطول إجراءات التقاضي بشأنه وخفضاً لتكلفته وتقليلاً للوقت والمجهود الذي ينفق في الوصول إلى ما يتصوره المرء حقاً له. ويفضل العاقل التنازل عن بعض حقه نظير سرعة الحصول عليه. ومن الواجب الموازنة بين مقتضيات العدالة المطلقة وبين ما تتكلفه من إجراءات وجهد.

2 ـ الاطراد بحيث لا يختلف التعويض المحكوم به في الأحوال والظروف المتماثلة. وقد ترجع أسباب الاختلاف في التعويضات إلى اجتهادات القضاة وإلى ظروف التطبيق والتقدير، مع ذلك فإن المبادىء القانونية الواضحة في تقدير التعويض تعين على تحقيق هذا الاطراد.

3 ـ المساواة بين المواطنين في تعويضاتهم عن الأضرار المتماثلة وألا يفرق بين مستحقاتهم التي يتقاضونها على أسس لا تقرها القواعد العامة للمسئولية. فمن غير المقبول على سبيل المثال أن يتقاضى أحد المزارعين عن كسر أصبعه قدراً من المال لا يبلغ معشار ما يتقاضاه أحد رجال الأعمال فيما لو أصيب هو الآخر بكسر أصبعه، لأن العبرة بالضرر لا بالمستويات الاجتماعية أو القدرة المالية على الكسب.

4 ـ التوقع Perdictgability إلى الحد الذي يستطيع أطراف التقاضي التعرف، ولو بوجه التقريب، على ما سيحكم به من تعويضات.

5 ـ التفريق بين إلقاء المسئولية وتعيين المتسبب في الضرر وبين تحمل ما توجبه وتقدير هذا الواجب. ولا مانع لهذا من قيام القاضي بتحديد المسئولية أولاً وترك أمر تقدير الضرر الواجب التعويض إلى مرحلة لاحقة في التقاضي. وهذا هو الهدف من فكرة التعويض المؤقت.

وأجد أن تطبيق هذه المعايير على مفهوم الجبر أو التعويض في الاصطلاح الحادث يدل على تنوع جوانب هذا المفهوم ودقة تكوينه لدى الفقهاء. ولعل هذا مردود إلى وضوح

قاعدة المثلية بين الضرر وبين جابره في نصوص الشريعة، وإلى تقدير الواجب في كثير من الإصابات أو الأضرار التي لم يشأ الشارع ترك تقديرها إلى القاضي. تجنباً للصعوبات العملية التي تواجه القاضي في هذا التقدير، واحترازاً عما تؤدي إليه هذه الصعوبات من مشاكل: طول أمد التقاضي، وارتفاع تكلفته، وتفاقم النزاعات وتكاثرها، والإحباط الذي يستشعره المصاب. وليس من قبيل الرغبة في التبرير هذا الإعلاء لمسلك الشريعة الإسلامية في تقدير الديات وعدد من الأروش. وأعتقد أن إقدام السلطات التشريعية الوضعية على تقدير الواجب في الأضرار البدنية المنضبطة أولى من ترك هذا الأمر لفرد من الأفراد.

374 ـ المثلية: توجب النصوص الشرعية مبدأ المثلية بين الضرر وبين ما يجبره. قال تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾، وإنما سميت العقوبة أو الجزاء سيئة على سبيل المشاكلة وتذكيراً للمعتدي بوجوب الكف عن العدوان، فإن الواجب به سيسوء هذا المعتدي ويؤذيه كذلك. ومما يؤكد مبدأ المماثلة قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾. ويعين على تفسيره قول الزيلعي: (وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع. وسمي الضمان المقابل اعتداء بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازاً لا حقيقة، لأن المجازاة أو الضمان لا يكون سيئة)[5] ولا تعدياً.

ويتضح الاستناد إلى قاعدة المثل في تقدير الواجب بالضمان بمراعاة مسلك الشارع في الإلزام برد المثل أو القيمة أو أجرة المثل في التعدي على الأموال. لكن لما كان الاستناد إلى مبدأ المثل في ضمان الإصابات البدنية أمراً متعذراً لعدم تقوم الضرر بالنقود في طبيعته وجوهره، فقد فرض الشارع مقادير معينة اعتبرها بعض الفقهاء محققة لما أسموه (المماثلة الحكمية). وسيرد تفصيله فيما يلي.

المبحث الثاني: أنواع الجوابر

375 ـ البدائل والاحتمالات: إذا كان الهدف من فرض الضمان هو جبر الضرر ورفعه بالتعبير الفقهي أو العودة بالمتضرر إلى حالته السابقة قبل وقوع الضرر عليه فإن تحقيق هذا الهدف في التعديات البدنية أمر متعذر، لاستحالة تقوم هذه الأضرار من جهة نظراً لطبيعتها الخاصة، ولاستقرار هذه الأضرار واستمرار المعاناة منها في أحوال كثيرة من جهة أخرى. أما في الأضرار المالية فالأمر أيسر بكثير، حيث يوجب إتلاف سيارة حديثة بها مذياع ومكيف ولونها أحمر إحلال سيارة أخرى مماثلة حتى ينسى صاحب السيارة التالفة ما حدث له في هذا الخصوص ويستأنف نشاطه وعمله وتمتعه بهذه السيارة الجديدة. لكن قطع يد أو رجل أو الإصابة بعاهة مستديمة من الأمور التي لا يمكن رفعها ولن يعود المتضرر

(5) التبيين: 223/5.

إلى سابق عهده قبل حدوث هذه الإصابة له. لكن صعوبة التقدير والمماثلة بين الضرر والضمان لا تعني وجوب ترك المتضرر يعاني مصيبته وحده ويندب حظه العاثر، وأوجبت قواعد المسئولية إلقاء الضرر على المتعدي أو إشراكه في تحمله، ولذا اتجهت المذاهب القانونية إلى استكشاف البدائل أو الاحتمالات المتنوعة الكفيلة برفع الضرر إلى أقصى حد ممكن والعودة بالمتضرر إلى أقرب وضع لحالته السابقة على حدوث الضرر.

376 ـ الجوابر المقدرة: ظهر الاتجاه في البحث عن حل لهذه المشكلة إلى تقدير تعويضات محددة لكل ضرر من الأضرار، فلكل جرح من الجروح أو عضو من الأعضاء أو أية إصابة أخرى أرش مقدر Rate لا يختلف باختلاف الأشخاص. ولا يرى كثير من القانونيين في هذا التقدير خيراً كثيراً، ويعتبرونه مخالفاً لطبيعة التعويض في الضمان، فمن الواجب أن يتسم التعويض بالمرونة في الاستجابة لمتطلبات المتضرر واحتياجاته ومعاناته الخاصة بدلاً من وضع هذه الاحتياجات في قوالب جامدة لا تناسب اختلاف الظروف وتنوع الأحوال[6] ولا تنافي في المعقول بين التقدير وبين تحقيق الاستجابة للظروف حيث تنصرف التقديرات إلى الأضرار المتماثلة مع إضافة غيرها من الجوابر غير المقدرة لرفع الأضرار المختلفة. وقد اتجه القانون الإنجليزي إلى الاعتراف مؤخراً ببعض التعويضات المقدرة، إذ ينص قانون Administration of Justice Act الصادر عام 1982 على تقدير التعويض عن الشعور بالحرمان لفقد أحد الأقارب Claim of bereavement بثلاثة الاف وخمسمائة جنيه استرليني. وفي رأي أحد القضاة الإنجليز أن الشعور بالفقد والحرمان بالوفاة أمر لا يمكن التعويض عنه، وأية محاولة لمقابلة هذا الشعور بالمال ليست إلا إهانة لمن يعانيه، سواء كان مقدار التعويض عشرة جنيهات أو عشرة ملايين. ويعترف هذا القاضي بأن الغالبية لا تؤيد رأيه بدليل إقرارها لهذا القانون السابق الذكر. ومع ذلك فإنه يرى أن تقدير المشرع للتعويض عن هذا الضرر Bereavement أولى من إلقاء العبء على المحكمة لتقدير الواجب في التعويض عن الفقد لكل شخص على حدة[7].

377 ـ النظر إلى الكسب الضائع في حساب قيمة التعويض: يغلب على النظم القانونية الحديثة الاتجاه إلى حساب التعويض على أساس معدلات الكسب السابقة على الإصابة وما كان يستطيع المتضرر كسبه لنفسه ولأفراد أسرته لو لم تقع له هذه الإصابة. ويعني ذلك أن التاجر الذي يصاب وهو في سن الخمسين بإصابة تمنعه عن العمل وتلزمه الدار سيأخذ تعويضاً يقدر على أساس أرباحه السابقة من عمله، فإذا كان يكسب مائة قبل الإصابة أعطى نسبة كبيرة منها. ويختلف ما يستحقه ضماناً إذا كان ربحه أكثر من مائة أو

(6) Dias and Markesinis on Tort Law P. 392.

(7) السابق: ص 416,415.

أقل منها. ويقدر الواجب في مقدار مقطوع Lump Sum على أساس ضرب مقدار هذا الربح في عدد السنوات التي يتوقع لمثله الاستمرار في مثل هذا العمل.

ويتجه على هذا المعيار في تقدير الواجب في الضمان عدد من الملاحظات التي أجملها فيما يلي:

(أ) يترتب على حساب التعويضات بهذا الأسلوب إهدار معنى المساواة في التعويضات عن الأضرار المتماثلة، فإذا شل تاجران نتيجة الإصابة وكان ربح أحدهما لا يتجاوز مائة جنيه في الشهر على حين يصل ربح الآخر إلى ألف فإن هذا الآخر سيحصل على أضعاف ما يحصل عليه التاجر الأول. وليس هذا إلا تكريساً للأوضاع الحالية التي تفرض سوء توزيع الثروات[8]. وينبغي ألا يكون تكريس هذه الأوضاع السيئة من الأهداف التي يعمل لها قانون الضمان. ويرد البعض بأنه لا قيمة لهذا النقد طالما استمرت السياسات السائدة في توزيع الثروات وأن قانون الضمان ليس إلا أداة للحفاظ على الأوضاع القائمة في المجتمع، ولا يمكن اعتباره عاملاً من عوامل التغيير في هذه الأوضاع بحكم أن الهدف منه هو رفع الضرر الذي يتفاوت بتفاوت الأفراد وظروف إصاباتهم[8]. ولا نسوغ هذه الردود هذا الأساس العام للتعويض الذي يؤدي إلى زيادة غنى الغني وفقر الفقير.

وقد أخذت نظم التأمينات الاجتماعية في عدد من البلاد الغربية كانجلترا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية واستراليا ونيوزيلنده بحساب التعويض على هذا الأساس نفسه، مما أدى إلى أن يأخذ الغني أضعاف ما يأخذه الفقير في الإصابات المتماثلة على الرغم من تحملهما الأعباء المالية لهذا النظام بطريقة متكافئة.

(ب) ومن جهة أخرى فإن التعويض عن الكسب الفائت يشجع المصابين وأقرباءهم على التبطل. فالزوجة التي أخذت نسبة كبيرة مما كان يكسبه زوجها قد لا تفكر في العمل ولو كانت صغيرة. وكذلك المصاب نفسه أو أحد أقربائه من الذكور. بخلاف ما لو عوض عن الإصابة بمقدار مقطوع فإن الأغلب أن يعود إلى عمله لدى استطاعته ذلك[8].

(جـ) ويثير تطبيق هذا النظام في سياق الحياة الغربية مشكلة على قدر من الأهمية، هي تعدد ما يأخذه المتضرر في الجملة من نظام الضمان ونظام التأمينات الاجتماعية ونظام المعاشات وشركات التأمين. ويتضمن ذلك تعويض المصاب من أكثر من جهة للإصابة نفسها. وقد أدى ذلك إلى اتجاه القضاء الإنجليزي في حساب التعويضات إلى تخفيضها بإنقاص الفترة المتوقعة لعمل المصاب.

(د) ومن جهة أخرى فإن التضخم النقدي يؤثر على قيمة التعويض الذي يستحقه

(8) السابق: ص 393.

المتضرر مما لا يدخل في تقدير القضاة عند حسابهم لهذه القيمة. وهناك مع ذلك عدد من الاحتمالات الأخرى المتعلقة بكسب المصاب، كإيجابيته وسلبيته وظروفه الشخصية والنفسية في المستقبل، وكحركة السوق. ولا يمكن لأي قاض أن يتنبأ بتأثير هذه الظروف على معدل الكسب المتوقع لهذا المصاب. ولذا فإن هذا المعيار في التقدير لا يستند إلى منطق أو عدل، خاصة إذا اعتبرناه المعيار الأساسي أو المطلق لحساب قيمة التعويض.

378 ـ معايير تقدير التعويض في الشريعة: استند التقدير الشرعي للتعويض عن الإصابات البدنية إلى هذين المعيارين:

أولهما: تقدير الواجب في الأضرار النمطية Average Models كقطع الأذن أو اليد أو الرجل، وكذهاب منفعة عضو من الأعضاء مع بقاء صورته مثل أحوال الإصابة بالشلل، وكالواجب في إزهاق النفس، مما يناقشه الفقهاء تحت عنواني الديات والأروش المقدرة.

والثاني: ترك التقدير في الأضرار المتفاوتة التي لا يمكن درجها في إطار منتظم متكرر. ومن أمثلة هذا النوع من الأضرار الألم والجروح التي لا يمكن قياسها ولا تخضع للضبط. وهذه هي الأروش غير المقدرة التي ترك الشارع تقديرها لما أطلق عليه الفقهاء: حكومة العدل.

وتستحق هذه المزاوجة بين معياري التقدير في الأضرار النمطية والإطلاق في الأضرار المتفاوتة الالتفات إلى فوائدها العملية المتعلقة بخفض تكلفة التقاضي وسرعته وحصول المتضرر على حقه دون عناء. ولا يمتنع الجمع بينهما عند حساب الواجب في الضمان لتعدد أسباب الوجوب، فلو أصيبت يد أحد بالشلل نتيجة عدوان، وأنفق في علاجها الكثير وعانى آلاماً مبرحة، أفلا يجوز للقاضي أن يجبر هذه الأضرار بالإضافة إلى الواجب في شلل اليد وهو نصف الدية؟ أجد أن التعويض عما تحمله من نفقات معقولة في العلاج مما تسوغه قواعد المسئولية في الشريعة، ويدخل في باب إتلاف مال الغير في التسبب. أما أرش الألم فقد ذهب إلى مشروعيته بعض الفقهاء طبقاً لما سبق ذكره. ولم يشر هؤلاء الفقهاء إلى اشتراط تفرد هذا الأرش بالوجوب. مما يدل على جواز جمع أرش الألم مع غيره من الأروش الواجبة بسبب آخر ومع التعويضات عن تلف الأموال. وفيما يلي بيان أنواع الأروش المقدرة وغير المقدرة والإصابات التي توجبها.

المبحث الثاني: الدية

379 ـ هي في اللغة مصدر ودى القاتل يديه من الأداء وهو إعطاء الولي المال بدل النفس. وإنما اشتقت من الأداء فيما يذكر السرخسي لأنها (مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال، وهو النفس. والأرش الواجب في الجناية على ما دون النفس مؤدى أيضاً، وكذلك

القيمة الواجبة في سائر المتلفات، إلا أن الدية اسم خاص في بدل النفس، لأن أهل اللغة لا يطردون الاشتقاق في جميع مواضعه لقصد التخصيص بالتعريف)[9]. وهي في الاصطلاح عند بعض الحنفية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه[10]. ولا يخرج تعريفها في سائر المذاهب عن هذا المعنى[11].

وتسمى الدية عقلاً (لأنهم كانوا اعتادوا ذلك من الإبل، فكانوا يأتون بالإبل ليلاً إلى فناء أولياء المقتول فيعقلونها. فتصبح أولياء المقتول والإبل معقولة في فنائهم، فلهذا سموه عقلاً)[12]. ويفرق بعض الفقهاء بين الدية والأرش، من بينهم السرخسي وابن عابدين، حيث تنصرف الدية عند هؤلاء إلى الواجب في بدل النفس، على حين يختص الأرش بالواجب فيما دونها، والجمهور على إطلاق الأرش على الواجب في النفس كذلك. ويطلق الأرش في اللغة على الخدش والخمش وهو الجرح وعلى الدية وعلى طلبها وعلى عوض ما نقص من الثوب بتعييبه وعلى الخصومة.

وتتضمن الدية معنى التعويض لأنها مال خاص بالمجني عليه، فيجوز له العفو عنها أو عن بعض أجزائها، ولا تؤول إلى بيت المال إن كان له وارث ولا يتحملها الجاني وحده، وهي بهذا تختلف عن الغرامات في مفهومها القانوني. ومن جهة أخرى فإن في الدية معنى العقوبة لجواز إيجابها في مال الجاني أحياناً ولأنها وجبت جزاء على جناية.

380 ـ أصناف الدية: ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي في قوله القديم إلى وجوب الدية في صنف واحد من أجناس الإبل والذهب والفضة. ويرى الشافعي أن الأصل في الدية هو الإبل فلا يعدل عنها إلى قيمتها إلا بالتراضي بين طرفي الإيفاء والاستيفاء أو لارتفاع ثمن الموجود منها عن ثمن المثل[13]. ومذهب أبي يوسف ومحمد أن الدية واجبة في أحد ستة أصناف: الإبل والبقر والغنم والذهب والفضة والحلل. ويرى الحنابلة وجوبها في خمسة أصناف: الإبل والبقر والذهب والفضة والغنم. ومعنى اعتبار هذه الأجناس أصولاً أن الخيار بينها لمن وجبت عليه، ويجبر المستحق على قبول أي منها. أما إذا اعتبرت الإبل وحدها هي الأصل فإنه لا يعدل عنها إلى غيرها إلا برضا المستحق أو لعذر يسوغ هذا العدول كندرة الإبل أو وجودها بأكثر من ثمن المثل.

---

(9) المبسوط للسرخسي: 59/26.

(10) تكملة فتح القدير: 301/8.

(11) انظر بدائع الصنائع: 252/7، وحاشية الدسوقي: 266/4، وحاشية الجمل: 58/5، ونهاية المحتاج: 299/7.

(12) المبسوط: 59/26.

(13) المهذب: 196/2.

وقد استند الشافعية في كون الإبل هي الأصل إلى دليلين: أولهما ما رواه أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه أن في النفس مائة من الإبل، فإن كانت الدية في عمد أو شبه عمد وجبت مائة مغلظة أثلاثاً: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة. وفي هذا المعنى روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها». والثاني أن التغليظ للدية إنما ورد في الإبل على وجه الخصوص فلا يعدل عنها إلى غيرها إلا لسبب يبرره حتى يمكن احتساب قيمة التغليظ وأداؤها. ويترتب على هذا المذهب أنه إذا عدل عن الإبل لسبب يسوغه وجبت قيمتها بالغة ما بلغت، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم، وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضي الله عنه فقام عمر خطيباً فقال ألا إن الإبل قد غلت، قال: فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة[14]. وقد روى الزهري في هذا المعنى أنه كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل قيمة كل بعير أوقية، ثم غلت الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً، ثم غلت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين، فما زالت تغلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار. وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قضى في الدية بمائة من الإبل قيمتها أربعة آلاف درهم أو أربعمائة دينار.

381 ـ ويستند مذهب أبي حنيفة ومالك في تقويم الدية بالإبل والذهب والفضة إلى مسلك عمر في تقويمها بهذه الأموال، وهو ما يتأيد بإجماع الصحابة لعدم إنكار أحد منهم عليه. فعن عبيدة السلماني أن عمر بن الخطاب لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم[15]. وفي روايات أخرى أن عمر كان يأخذ من أهل البقر مائتين ومن أهل الغنم ألفي شاة ومن أهل الحلل مائتي حلة، وهو الذي استند إليه أبو يوسف ومحمد وجمهور الحنابلة. وقد روى جابر أن النبي ﷺ فرض على أهل الدية مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة[16].

ويذهب الأحناف إلى تقدير قيمة الدية من الدارهم بعشرة آلاف على حين يذهب المالكية والشافعية والحنابلة[17] إلى تقديرها من الدراهم باثني عشر ألفاً. ومبنى هذا

---

(14) المهذب: 197/2.

(15) المبسوط: 75/26.

(16) رواه أبو داود.

(17) حاشية الدسوقي: 267/4، والمهذب: 196/2، والمبدع: 345/8.

الاختلاف هو النظر إلى سعر صرف الدراهم بالدنانير زمن النبوة. وتدل شواهد عديدة، أوضحها نصاب الدنانير في الزكاة (عشرون) ونصاب الدراهم (مائتان) على أن سعر صرف الدينار في هذا الزمان هو عشرة دراهم، مما يدل على رجحان مذهب الاحناف في التقدير.

382 ـ والذي يفيده الخلاف في أصناف الدية بالنظر إلى الواقع العملي المعاصر أن لأولياء الأمر، الذي يستجمعون شرط الاجتهاد الجزئي في الأقل، أن يختاروا الإبل أو البقر أو الغنم أو الذهب أو الفضة في تقدير قيمة الدية. وإنما جاز اختيار أي منها على الأسس التالية:

(أ) اجتهاد ولي الأمر في الأمور الاختلافية يرفع الاختلاف.

(ب) هذه الأصناف الخمسة قبلها كثير من الفقهاء في تقدير الدية.

(جـ) صلاحية هذه الأصناف الخمسة لأن تكون معايير منضبطة في تحديد القيم الواجبة.

ومع ذلك فأرجو ألا يبعد عن الصواب تقدير الواجب في الدية على أساس النظر إلى مجموع قيم هذه الأصناف بأسلوب الربط القيمي Indexation، فإن اعتبارها جميعاً من الأصول واختلاف قيمها في وقت معين لا يسوغ التقدير بأحدها، خاصة وأن بالوسع التقدير بمراعاة قيمها جميعاً بدون تكلف ولا مشقة. ولعل هذا الاجتهاد الذي لم أطلع عليه عند أحد أن يستند إلى الأسس الفقهية ذاتها التي استند إليها الصحابة في توسيعهم لأصناف الدية واعتبارهم البقر والغنم أصولاً فيها. لقد نحت مشروعات القوانين المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إلى تقويم الدية ونصاب السرقة والزكاة بالدنانير أو الذهب؛ ففي المادة 212 من مشروع القانون العقابي المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية أن (دية المقتول ذكرا أو أنثى مسلماً أو غير مسلم أربعة آلاف ومائتان وخمسون جراماً من الذهب الخالص. ويقوم جرام الذهب بالسعر المحدد وقت ارتكاب الجريمة من مصلحة دمغ المصوغات والموازين. .)[18]. ولكن المادة 28 من مشروع قانون القصاص والديات الذي أعده مجلس الفكر الإسلامي Islamic Ideology الباكستاني في عام 1984 وناقشه مجلس الشورى في جلسات متعددة بعد ذلك قد ورد فيها النص على تقدير الدية بالفضة، ونصها: (قيمة الدية عشرة آلاف درهم شرعي، بما يعادل 63 و30 كيلو جرام من الفضة أو قيمتها من عملة البلاد وقت صدور الحكم). ولعل القصد من هذا العدول عن الذهب إلى الفضة هو التخفيف من قيمة الدية، فإن قيمة هذا الوزن من الفضة لا يقارب قيمة الدية بالرجوع إلى الذهب. ويرد إلى الذهن السؤال عن مشروعية العدول بهذا القصد. الذي تفيده الآثار أن الرجوع إلى أي من هذه الأبدال المختلفة في عهد عمر رضي الله عنه كان على أساس غلبة

(18) مضبطة جلسة مجلس الشعب المصري المنعقدة في 20 يونية 1982.

التعامل، وهذا ما تفيده ألفاظ هذه الآثار وأنه جعل على أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الغنم ألفين. وإذا كان المناط في جواز التقدير بالرجوع إلى أي من هذه الأصناف هو غلبة التعامل به في بيئة التقاضي فإن العدول عن الغالب في التعامل وهو الذهب إلى الفضة بقصد تخفيف قيمة الواجب على الجاني وعاقلته سيكون أمراً مشكوكاً في صحته. وأجد أن التقدير بالذهب أو بقيم مجموع هذه الأصناف هو الأولى من اختيار التقويم بأحدها على أساس النقص في القيمة. بل إن ترك الأمر للقاضي في تقدير الدية بالرجوع لأي من هذه الأصناف بقصد التخفيف أو التغليظ تبعاً لجسامة الخطأ أو الضرر أمر قد لا يسلم من النقد، بحكم أن مناط جعل هذه الأموال أصولاً هو غلبة التعامل بها بين المتقاضين[19].

383 ـ الزيادة على الدية: الدية غرامة مقدرة شرعاً لا تجوز الزيادة عنها إلا بسبب يبيح هذه الزيادة. وهو ما ينصرف إليه قوله ﷺ: (دية الخطأ مائة بعير، فما زاد بعير فهو من أمر الجاهلية)[20]. وإنما عني الشارع بتقدير الدية على هذا النحو لإبطال عوائد الجاهلية التي كانت تفرق بين قتيل وآخر في تقدير الدية، تبعاً للمنزلة الاجتماعية وقوة القبيلة وعلاقة الجاني بها، وذلك لتأكيد معنى المساواة بين الناس في الإنسانية؛ ولذا يشير الحديث السابق الذكر إلى أن الزيادة على الدية لا تجوز، ولو ببعير واحد، بحكم أن هذه الزيادة موروث جاهلي. غير أن تقييد المساواة بالعدالة هو الذي اقتضى فيما يبدو الزيادة على مقدار الدية إذا قام سبب شرعي للزيادة. وأهم الأسباب الشرعية للزيادة في أمرين: **أولهما** إلزام الشارع بتغليظ الدية، **والثاني**: تعدد الأضرار حيث يتعدد الواجب جبراً لها. وتفصيل هذين الأمرين فيما يلي:

384 ـ **التغليظ في أصناف الدية**: اتفق الفقهاء على مشروعية الدية المغلظة في العمد وشبهه. ولا تزيد الدية المغلظة عن المخففة الواجبة بالخطأ في عدد الإبل، وإنما تزيد في أسنانها وصفاتها مما يؤثر في قيمتها. ويرتفع الواجب في المغلظة عن الواجب في المخففة بمقدار الثلث؛ فدية الخطأ من الإبل عند الأحناف والحنابلة أخماس: عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة. وهي عند المالكية والشافعية كذلك إلا في إبدال ابن المخاض بابن اللبون[21]. أما دية العمد وشبهه فقد ذهب

---

(19) فطن الدكتور فكري أحمد عكاز في كتابه فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون: ص 281 إلى جواز تحديد قيمة الدية تحديداً متنوعاً بالنظر لقيم هذه الأصول الخمسة، بحيث يكون لقيمتها حد أعلى وحد أدنى، ويتخير القاضي بينهما، مراعاة لضرر المجني عليه وخطأ الجاني. ولا يعكر على هذا الاستنباط المفيد عملياً.

(20) المصنف لابن أبي شيبة: 128/9.

(21) المبسوط: 75/26، والمبدع: 348/8.

المالكية والشافعية وعدد من فقهاء الصحابة والتابعين إلى أنها أثلاث: ثلاثون حقه وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها [22]. ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أن تقسم الإبل في العمد وشبهه أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة[23]. ولا تزيد بهذا التغليظ عن الدية المخففة إلا قليلاً.

385 ـ أما تغليظ الدية المقدرة بغير الإبل فقد منعه الشافعي بناء على أصله في أن الدية لا تقدر إلا بالإبل. ومعناه أنه يوجب التغليظ إذا وجد سببه ويمنع تقدير الدية بغير الإبل. أما هؤلاء الذين أجازوا التقدير بغير الإبل فلم يجز بعضهم التغليظ إلا فيها، لأنها هي التي وردت بها النصوص فلا تتعداها إلى غيرها [24]. ومقتضاه أنه لا يجوز للقاضي إذا حكم بالذهب والفضة أن يزيد على الألف دينار أو العشرة آلاف درهم.

لكن عدداً من الفقهاء، قد أخذ بجواز تغليظ الدية في الذهب والفضة، لثبوت أصل التغليظ في الإبل ووجود المعنى الذي أوجب التغليظ في أحوال التقدير بالذهب والفضة. وقد أخذ بهذا المذهب كل من المالكية وسفيان الثوري والحسن بن صالح وبعض آخر من الفقهاء. جاء في المهذب أن القتل الخطأ إن حدث في الحرم أو في الأشهر الحرام، وهي ذور القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب، وكذا إذا كان المقتول ذا رحم محرم من القاتل فإن الواجب دية مغلظة[25]، (لما روى مجاهد أن عمر رضي الله عنه قضى فيمن قتل في الحرم أو في الأشهر الحرم أو محرماً بالدية وثلث الدية. وروى أبو النجيح عن عثمان رضي الله عنه أنه قضى في امرأة قتلت في الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف، ستة آلاف الدية وألفين للحرم. وروى نافع بن جبير أن رجلاً قتل في البلد الحرام في شهر حرام فقال ابن عباس ديته اثنا عشر ألفاً، وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكملها عشرين ألفاً. فإن كان القتل في المدينة ففيه وجهان: أحدهما: أنه يغلظ لأنها كالحرم في تحريم الصيد فكذلك في تغليظ الدية. والثاني: لا تغلظ لأنها لا مزية لها على غيرها في تحريم القتل بخلاف الحرم)[26].

ويخالف فقهاء المالكية في ضبط التغليظ بثلث الدية، وإنما ينضبط عندهم بنسبة الفرق بين الديتين المخففة والمغلظة. وطريقته كما ذكر الدردير (أن تقوم المثلثة حالة وتقوم

---

(22) حاشية الدسوقي: 267/4، والمهذب: 195/2.
(23) الدسوقي: 267/4، والمهذب: 196/2.
(24) البدائع: 254/7.
(25) المهذب للشيرازي: ص 196/2.
(26) المبسوط: 77/26.

المخمسة على تأجيلها ويؤخذ ما زادته المثلثة على المخمسة، وينسب إلى المخمسة، فما بلغ بالنسبة يزاد على دية الذهب والفضة بتلك النسبة. مثاله: لو كانت المخمسة على آجالها تساوي مائة والمثلثة على حلولها تساوي مائة وعشرين، ونسبة العشرين إلى المائة قيمة المخمسة الخمس فيزاد على الدية مثل خمسها فتكون من الذهب ألفاً ومائتين ومن الورق أربعة عشر ألف درهم)[27]. ويحصر المالكية وجوب الدية المغلظة في أحوال قتل الأب أو الأم ولديهما على وجه تعمد الفعل دون قصد منهما إلى إزهاق الروح حتى لا يجب القصاص. أما إذا امتنع القصاص للعفو فلا تجب الدية المغلظة (الأرباع: بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) إلا في الإبل، ولا تغلظ إذا حكم القاضي بوجوبها في الذهب والورق[28].

386 ـ والحاصل من هذا كله:

(أ) تغلظ الدية في العمد وشبهه مطلقاً، وإنما تكون الدية فيهما بالإبل، لورود التغليظ فيها وحدها فيقتصر على ما ورد به النص. وهو مذهب الشافعي.

(ب) تغلظ الدية في العمد وشبهه إذا حكم بها القاضي في الإبل على وجه الخصوص وللقاضي أن يحكم بالدية في الذهب والورق، لكن لا يغلظها فيهما، وهو مذهب الأحناف.

(جـ) تغلظ الدية في قتل الأبوين أو أحدهما ولدهما إذا لم يقصدا القتل. ويجري التغليظ في الدية من الإبل أو الذهب أو الورق على الوجه الذي بينه الدردير فيما سبق. وهو أن تحسب قيمة الدية المغلظة من الإبل ثم تحسب قيمة الدية المخففة من الإبل كذلك، ثم يحسب الفرق بينهما، وينسب إلى أصل الدية المخففة، فتضاف نسبة الزيادة إلى أصل الدية من الذهب أو الفضة. وهو مذهب المالكية وبعض الأحناف.

(د) يجب التغليظ في التعدي بالقتل في الحرم أو الشهور الحرام أو إذا كان المقتول رحماً محرماً من القاتل. ويحسب التغليظ بنسبة ثلث الدية. وينسب هذا الرأي إلى عمر وعثمان وابن عباس.

387 ـ تعدد الواجب من الديات: القاعدة في حساب الواجب فيما دون النفس أن تفويت جنس المنفعة على الكمال أو إزالة جمال مقصود في الآدمي على الكمال يوجب كل الدية باعتباره نوع إتلاف للنفس فيلحق به. وأصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية في اللسان

---

(27) حاشية الدسوقي: 267/4. وهذا المعيار نفسه عند بعض الأحناف. انظر العناية مع تكملة فتح القدير: 303/8. أما جمهور الأحناف فلا تغليظ عندهم إلا في دية الإبل، البحر الرائق 373/8.

(28) الدسوقي: 267/4.

والأنف، فيجري هذا الاعتبار في فروع كثيرة. وعلى هذا فما كان قائماً من المنافع بعضو واحد ففي إتلاف هذا العضو الدية كاملة، وما كان قائماً بعضوين ففي إتلاف أحدهما نصفها، وما كان قائماً بأربعة ففي إتلاف أحد هذه الأعضاء ربع الدية، وما كان قائماً بعشرة ففي إتلاف أحدها العشر، وما كان قائماً بأكثر من عشرة أعضاء ففي إتلاف أحدها نصف العشر.

388 ـ الزيادة على الدية: أما إذا تعددت المعاني التي فاتت بالعدوان فإن الواجب يتعدد ولو تجاوز الدية. وقد قضى عمر رضي الله عنه بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها السمع والبصر والعقل والكلام[29]. وفي بداية المجتهد حكاية الإجماع على أن من أصيب من أطرافه أكثر من ديته أن له ذلك، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان[30]. وإنما تجوز الزيادة على الدية إذا وجد سبب يقتضي هذه الزيادة، سواء بتعدد المعاني التي فاتت بالعدوان أو لقيام ما يوجب التغليظ في المسئولية، كالمحرمية بين الجاني والمجني عليه وكوقوع العدوان في الحرم أو في الأشهر الحرام أو غير ذلك من الأمور التي قصد الشارع إلى حفظها. وبهذا فإن الدية تمثل الحد الأدنى للغرامة التي قدرها الشرع في إتلاف النفس أو المعاني القائمة بها. وفي هذا يستوي الناس جميعاً، لا فرق بين كبيرهم وصغيرهم وشريفهم ووضيعهم. أما الزيادة على هذا الحد لوجود سبب يبيح هذه الزيادة وفق القواعد الشرعية للمسئولية فهو الذي يحقق مبدأ العدالة بالتناسب بين الضرر والواجب. واستحسن ترك أسباب التغليظ وتقدير الواجب بكل سبب للقضاة لتمكينهم من مراعاة الظروف المتنوعة للمتقاضين وأنواع الأضرار وقوة العدوان. وأسوق فيما يلي بعض هذه الأسباب التي توجب التغليظ لمجرد توضيح ما أراه في هذا الشأن. وهذه هي:

(أ) قوة العدوان وجسامته، كأن تحدث الإصابة أو القتل بقيادته سيارته وهو سكران أو بإطلاقه النار في مكان مزدحم أو تركه حيواناته في موضع يؤمه الأطفال. وتجب الدية أو جزؤها بخطئه على حين يجب التغليظ لتعديه بالسكر وإطلاق النار أو الحيوانات في أماكن لا تناسبها هذه الأنشطة الخطرة. ويرقى إهمال الطبيب بترك شيء من معداته أو غيرها في جوف المريض إلى أن يكون سبباً لإيجاب التغليظ. ومنه كذلك إهمال المرضعة وتركها الرضيع حتى مات أو أصابه مرض. ولا يبعد أن يكون منه إهمال المسئولين في شركة تعبيد الطرق وتركها حفرا يصعب على قائد السيارة اكتشافها وتجنبها، فإذا أصيب بهذا السبب وجبت الدية مغلظة على هذه الشركة. ولو منع أحد مضطراً الطعام أو الشراب، وهو يعلم حاله، فالدية مغلظة. وبهذا فإن التعدي الجسيم الذي لا يعذر صاحبه مما يلتحق بشبه العمد في إيجاب الدية المغلظة.

(29) المبسوط: 69/26، والأصل للشيباني: 467/5 نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي.
(30) بداية المجتهد: 413/2.

(ب) قوة الضرر وتنوعه وزيادته عن الحدود المألوفة. من ذلك أنه لو تسبب في قطع إصبع فاضطر إلى علاجها في المستشفى وتحمل في هذا العلاج نفقات كثيرة، ثمناً للأدوية وأجرة الطبيب والانتقال إلى المستشفى، وامتنع عليه في الوقت نفسه مزاولة عمله فترة طويلة، كما عانى آلاما قاسية، فهل يقف الواجب عند عُشر الدية لا يتعداه؟ يتضح مغزى السؤال إذا عرفنا أن عشر الدية لا يتجاوز خمسة عشر ألفاً من الجنيهات المصرية[31] فإذا أنفقتها مقدما في العلاج لم يبق له شيء لجبر ما لحقه من ضرر. ويجب لهذا أن يفرض له حقه في الدية أولاً ثم يضاف إليه ما يجبر أضراره المالية الأخرى. ويجب اعتبار الأضرار النفسية في التغليظ. ولعل هذا هو مناط تغليظ الدية فيما نص عليه بعض الفقهاء إذا ما كان القاتل رحماً محرماً من المقتول. ذلك أنه لا فرق بين قتل القريب لقريبه وبين قتل الأجنبي في حقيقة القتل أو في الإثم، وإنما الفرق في زيادة ألم أقرباء المقتول، فمست الحاجة إلى رعاية هذا المعنى بتغليظ الواجب شفاء لما في نفوسهم. ويسوِّغ هذا الحكمُ تغليظَ الواجب بزيادة الألم.

والحاصل أن الدية تنصرف إلى تأكيد معنى المساواة بين الناس جميعاً في التعويض عن الأضرار المتعلقة بالنفس الإنسانية ومعانيها، على حين ينصرف التغليظ إلى تأكيد معنى العدالة التي حرص الشرع عليها كذلك، حتى يصير الأمر إلى إمكان جبر جميع الأضرار وفق قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار».

389 ـ مؤيدات جواز الزيادة: يتأيد جواز الزيادة على الدية في الحالين السابقين بعدة مؤيدات، من بينها:

(أ) قاعدة عموم رفع الضرر المعتبر كذلك، سواء كانت الأضرار مالية أو بدنية أو نفسية.

(ب) اعتبار فقهاء الأحناف الألم من الأضرار التي يجوز للقاضي تعويضها. وقد روي عن محمد (في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم. وعن أبي يوسف رحمه الله يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت)[32]. وينسب صاحب تكملة البحر الرائق القول بوجوب أرش الألم إلى أبي يوسف، كما ينسب إلى محمد القول بوجوب أجرة الطبيب، وعبارته: (وإن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق له أثر.. فلا أرش، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل، لأن الشين الموجب إن زال فالألم

(31) قيمة اربعمائة وخمسة وعشرين جراما من الذهب، بناء على أن الجرام الواحد يساوي بضعاً وثلاثين جنيهاً مصرياً في هذه الأيام.
(23) المبسوط للسرخسي: 81/26.

الحاصل لم يزل. وقال محمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب، لأن ذلك أثر فعله فكان له أخذ ذلك من ماله. وفي شرح الطحاوي فسر قول أبي يوسف عليه أرش الألم بأجرة الطبيب والمداواة. فعلى هذا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته، وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد، كالإجارة والمضاربة الصحيحين أو ما يشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزم الغرامة، وكذلك مجرد الألم لا يوجب شيئاً، لأنه لا قيمة بمجرد الألم. ألا ترى أن من ضرب إنساناً ضرباً مؤلماً من غير جرح لا يجب عليه شيء من الأرش. وكذا لو شتمه شتماً يؤلم نفسه لا يضمن شيئاً)[33]. أما صاحب مجمع الضمانات فينسب القول بوجوب أرش الألم إلى الإمام أبي يوسف نقلاً عما جاء في الهداية[34] وأجد أن نسبة هذا الرأي بوجوب أرش الألم إلى محمد هو الأولى لتوافقه مع ما يقوله في ضمان المنفعة خلافاً لأبي يوسف. ومع ذلك فينبغي ألا يجري الخلاف بين أئمة المذهب الحنفي أو غيرهم حول ضمان ثمن الدواء في الأقل، لأنه عين مال تلف بفعل المتعدي فيضمنه. أما أجرة الطبيب وأرش الألم، الذي يشبه أن يلتحق بمنفعة العضو فيما يستفاد من التعليل لمذهب أبي حنيفة حسبما سبق ذكره قبل قليل، فيجري فيه الخلاف الفقهي في ضمان المنافع. وفي البحر الزخار في الضرب على السن إذا أحدث ألماً، لا خللاً، حكومة وهي غرامة مالية في مقابلة الألم[35].

وإذ يترجح وجوب أرش الألم مع التوسع في تفسير الألم حتى يشمل جميع الأضرار المعنوية دل هذا على جواز الحكم بالزيادة عن الدية في مقابلة هذا الضرر.

(جـ) التعزير بالغرامات المالية وصرف هذه الغرامة إلى المتضرر، حيث لم ينص احد من الفقهاء على وجوب صرفها إلى بيت المال، بل أرشدت نصوص شرعية إلى جواز إعطاء المتضرر ما يقضي به من غرامة جبراً لما لحقه من ضرر. من ذلك ما ورد في تغريم كاتم الضالة بردها ومثلها معها عقوبة له على الكتمان. ومنه أيضاً تضعيفه ﷺ الغرم على سارق ما لا قطع فيه من الثمر المعلق[36]، وحريسة الجبل التي توجد في مراتعها[36]. وقد غرم عمر رضي الله حاطب بن أبي بلتعة ضعف قيمة الناقة التي سرقها عبيده جزاء له على تعديه في تجويعهم طبقاً لما سبق ذكره.

وإذ يدل هذا كله على جواز التعزير بالمال في مقابلة المعاصي التي لا حد فيها ولا

(33) تكمله البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري: 388/8.
(34) مجمع الضمانات: ص 171.
(35) البحر الزخار: 282/6.
(36) نيل الأوطار: 134/7 .

كفارة فإنه يجوز للقاضي تغريم الجاني فوق الدية لأي معنى من المعاني الموجبة للتغليظ كجسامة العدوان أو القصد إليه أو تعدد أنواع الضرر.

ويتحصل مما سبق ثلاثة أمور:

أولها: الدية هي الحد الأدنى للواجب في مقابل فوات النفس الإنسانية أو معنى من المعاني القائمة بها عند عدم وجوب القصاص أو امتناعه. ويجوز العفو عن الدية أو بعضها عند الأحناف، أما الصلح على ما هو أكثر منها فلا يجوز إذا كان بدل الصلح من جنسها، لأن الصلح مبادلة، ويجوز إذا كان البدل من غير جنسها [37].

الثاني: جواز الزيادة على الدية في فوات النفس إذا قام ما يستوجب التغليظ.

الثالث: يجري على الواجب فيما دون النفس من جواز التغليظ ما يجري على الواجب في فوات النفس.

المبحث الرابع: الأروش

390 ـ أنواع الاعتداء على ما دون النفس. يقابل العدوان على ما دون النفس في قانون العقوبات المصري جرائم الضرب والجرح المبينة أحكامها في المواد 244,243,242,241,240 [38]. وهذا النوع من العدوان في الشريعة إما عمد أو خطأ، وليس فيه شبه عمد، حيث لا ينظر إلى الآلة الواقع بها العدوان، وإنما النظر إلى تعمد الفعل أو عدمه.

ويشمل العدوان على ما دون النفس الأنواع الأربعة التالية:

(أ) إبانة عضو من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع والعين والأنف والأذن والشفة والجفن والأسنان واللسان ونحوها.

(ب) إتلاف حاسة من الحواس أو منفعة عضو من الأعضاء مع بقاء صورته كإذهاب

---

(37) البدائع: 254/7، والمبسوط: 79/26.

(38) مجمل أحكام هذه المواد فيما يلي: أ ـ العقوبة بالأشغال الشاقة من ثلاث سنوات إلى عشر إذا نشأ عن العدوان عاهة مستديمة أو قطع عضو أو فقد منفعته أو كف البصر أو فقد أحد العينين، وكان هذا العدوان عن سبق إصرار وترصد. ب ـ الحبس في الإصابات المتسببة في المرض أو العجز أكثر من عشرين يوماً. ولا تزيد فترة الحبس عن عامين، كما يجوز للقاضي تغريم الجاني ما لا يزيد عن مائة جنيه مصري. جـ ـ الحبس فترة لا تزيد عن سنة إذا لم يبلغ الضرب أو الجرح درجة الجسامة السابقة (المرض أو العجز عشرين يوماً) إلا إذا كان الضرب أو الجرح عن سبق إصرار وترصد فيزيد الحد الأعلى للحبس إلى عامين، كما تزيد الغرامة إلى مائة جنيه مصري. د ـ في الإصابات الناشئة عن الخطأ أو الإهمال والرعونة لا تزيد مدة الحبس عن عام واحد والغرامة عن خمسين جنيهاً، أما إذا نشأت عاهة مستديمة أو كان الإخلال بالواجب جسيماً فيجوز أن تبلغ العقوبة ضعف ذلك.

حاسة السمع أو البصر أو الشم أو الذوق أو الكلام أو الحركة، ومنه كذلك إذهاب العقل.

(جـ) الشجاج وتختص بجراح الرأس والوجه التي يتفق الفقهاء على التمييز فيها بين الأنواع التالية:

- الخارصة: وهي التي تقطع الجلد وتشقه على نحو لا يؤدي إلى خروج الدم.
- الدامية: وهي التي تسيل الدم.
- الباضعة: وهي التي تقطع اللحم.
- المتلاحمة: وهي التي تدخل في اللحم.
- السمحاق: وهي التي تصل إلى الجلدة الرقيقة التي تغطي عظم الرأس المسماة بهذا الاسم.
- الموضحة: وهي التي توضح عظم الرأس أو الوجه.
- المنقّلة: التي ينتقل فيها العظم بعد كسره.
- الآمة: التي تصل إلى أم الدماغ.
- الدامغة: التي تصل إلى الدماغ نفسه. ولم يذكرها محمد لأن النفس لا تبقى بعدها.

ويضيف الأحناف والشافعية والحنابلة شجة أخرى هي الهاشمة التي تهشم العظم وتكسره ولا تنقله عن موضعه، كما يضيف المالكية ومعهم الأحناف شجة يطلقون عليها اسم الدامعة التي يظهر فيها الدم كالدمع لا يسيل[39]. ويكشف هذا التفصيل عن ميل الفقهاء إلى الدقة ومتابعتهم لجهود علماء التشريح في العصور السابقة. وعلى سبيل المقارنة فإن القانون المصري يعتمد على التفريق في الجراح والشجاج بوجه عام بين ما يورث المرض أو العجز فترة تزيد عن عشرين يوماً أو تقل عن ذلك.

(د) الجراح: وهي التي تحدث في أجزاء الجسد مما سوى الرأس والوجه. وهي نوعان:

- جائفة: أي تصل إلى جوف المجني عليه وداخله، سواء كان ذلك في الصدر أو في الظهر أو البطن أو الحلق.

- غير الجائفة: وهي التي لا تصل إلى الجوف لسطحيتها أو لكونها في مكان لا جوف

(39) البدائع: 296/7 ، وتبيين الحقائق: 131/6، والدر المختار: 411/5، والمبسوط: 73/26، وتكملة البحر الرائق: 380/8، والأصل لمحمد: 456/4، والآثار لمحمد: ص 98، والمهذب: 199/2، وحاشية الجمل: 63/5، ونهاية المحتاج: 305/7 وما بعدها، والدسوقي: 4/ 251، والشرح الكبير 621/9 وما بعدها، والمغني: 298/8 وما بعدها.

فيه، وذلك كجراحات اليد والزجل.

391 ـ القصاص: العقوبة على هذه الجنايات في الشريعة إذا كان الفعل متعمداً هي القصاص، شريطة استجماع الأمور التالية:

(أ) انتفاء أسباب إباحة الفعل وموانع العقاب وإلا لم يتحقق السبب الموجب للقصاص. ويعد الفعل مباحاً إذا رخص فيه الشارع كدفع الصائل بشروطه الفقهية، أو كان الفعل أداء لواجب كقيام الطبيب بإجراء جراحة أو تنفيذ حكم القصاص. ومن موانع العقاب أن يكون الجاني صبياً أو مجنوناً.

(ب) كون المجني عليه معصوم الدم. أما إذا كان مهدر الدم كحربي ارتكب جريمة توجب قتله حداً فلا قصاص على الجاني لعدم عصمة دم المجني عليه، ويعزر الجاني بما يراه القاضي من عقوبة لافتياته على السلطة العامة في تولي عقاب المجني عليه بنفسه. ومنه كذلك أن يرتكب المجني عليه جريمة توجب قتله قصاصاً إذا كان الجاني من أولياء الدم. ولذا لو جرح ولي الدم عضواً لقاتل وليه لم يجب القصاص على هذا الولي لحقه في القصاص منه. ويجب الضمان في رأي أبي حنيفة. جاء في البدائع: (لو كان له على رجل قصاص في النفس فقطع يده ثم عفا عن النفس.. ضمن دية اليد في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليه. وجه قولهما أن نفس القاتل بالقتل صارت حقاً لولي القتيل، والنفس اسم لجملة الأجزاء، فإذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه فلا يضمن.. فبعد ذلك إن عفا عن النفس فالعفو ينصرف إلى ما بقي لا إلى المستوفى، كمن استوفى بعض ديته ثم أبرأ الغريم أن الإبراء ينصرف إلى ما بقي لا إلى المستوفى، كذا هذا. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن حق من له القصاص في الفعل وهو القتل، لا في المحل وهو النفس؛ أو يقال حقه في النفس لكن في القتل لا في حق القطع، لأن حقه في المثل... ومثل القتل هو القتل، فكان أجنبياً عن اليد. فإذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو متقوم فيضمن. وكان القياس أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية)[40].

(جـ) المكافأة بين الجاني والمجني عليه. واتفاق الفقهاء على اعتبار الأنثى مكافئة للذكر[41] في القصاص في النفس وفيما دونها. والأرجح التسوية بين المسلم والذمي، فلهم ما لنا وعليهم ما علينا بنص حديث النبي ﷺ، وهو ما أخذ به أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى[42]. والأرجح كذلك التسوية بين المسلم والمستأمن لعصمة دمه بالأمان، طبقاً لما

(40) بدائع الصنائع: 304/7.

(41) البدائع: 310/7، والمغني: 276/8 وما بعدها.

(42) تبيين الحقائق: 105/6.

قرره الفقهاء من أن عصمة الدم تكون بإيمان أو بأمان. وهو مذهب أبي يوسف[43].

(د) إمكان استيفاء القصاص مع تحقق المماثلة بلا حيف ولا زيادة. ويقتضي هذا الشرط التماثل في المحل والموضع، بحيث لا يقتص إلا من نظير العضو المعتدى عليه في الجناية، كما يقتضي التماثل في السلامة فلا يؤخذ الصحيح بالأشل ولا الكامل بالناقص. ويقتضي كذلك ألا يترتب على الاستيفاء هلاك الجاني أو مجاوزة ما لحق المجني عليه من الأذى[44].

ومع اتفاق الفقهاء على هذه الشروط فقد اختلفوا في تطبيقها. والأرجح أنه لا قصاص إلا فيما يقطع من المفاصل أو فيما كان له حد معلوم ينتهي عنده، كما أنه لا قصاص في عظم إلا في السن. ولا قصاص في إذهاب الحواس والمنافع مع بقاء أعيانها لتعذر المماثلة في الاستيفاء، وهو مذهب الأحناف خلافاً لما أخذ به المالكية والشافعية والحنابلة. ولا قصاص كذلك في غير الموضحة من الشجاج، وهو مذهب الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية خلافاً للمالكية. أما الجراح فلا قصاص فيها عند أبي حنيفة لتعذر المماثلة خلافاً للشافعية والحنابلة الذين أجازوا القصاص فيما هو في معنى الموضحة من الجراحات. ويرى المالكية وجوب القصاص في الجراحات والشجاج جميعها بأن يقيس الأطباء طول الجرح وعمقه ويشقون مقداره في جسد الجارح. والأرجح ما ذهب إليه الجمهور في ذلك.

392 ـ الأروش: إذا تعذر القصاص لفقد شرط من الشروط السابقة عدل عنه إلى جبر الضرر الواقع على المجني عليه، دون أن يسقط ذلك حق المجتمع في جواز تعزيره. والقاعدة أن (في الجراحات القصاص فيما يقدر فيه على القصاص والأرش فيما لا يقدر عليه). ولا تثبت القوانين الحديثة حق القصاص فيما دون النفس من جراحات وإصابات على الرغم من استمرار أكثرها على الاعتراف بهذا الحق نفسه في الجناية على النفس وفي تطبيق عقوبة الإعدام. وهو ما تنص عليه المادة 230 من قانون العقوبات المصري. وقد حاولت بلاد كثيرة إلغاء عقوبة القصاص في النفس فيما يشار إليه بإلغاء عقوبة الإعدام، طرداً للباب على وتيرة واحدة حتى يمتنع القصاص في النفس وفيما دونها. لكن عدداً منها قد عاد إلى الاعتراف بهذه العقوبة مرة أخرى. إن القصاص في النفس وفيما دونها هو روح العدالة، والمجني عليه هو الأولى بالرأفة والعناية، ولا يجوز ترك الضرر في مكانه حيثما وقع تسليماً بالأمر الواقع وهو الذي قصدت إليه الشريعة حين اعترفت بحق المجني عليه في القصاص فيما دون النفس مع تقييد هذا الحق في التطبيق بشروط عديدة مراعاة لكل من حق المجني عليه وحق الجاني. أما إذا تعذر القصاص فيلجأ إلى العقوبة التعزيرية رعاية

(43) بدائع الصنائع: 236/7، والمغني: 251/8.

(44) التشريع الجنائي الإسلامي لعودة: 219/2.

لحق الله تعالى وإلى إثبات الأروش جبراً للضرر الواقع على المجني عليه.

والأروش على نوعين: مقدرة وغير مقدرة.

(أ) الأروش المقدرة: هي الأجزية المالية التي حدد الشارع مقاديرها جبراً لما لا يختلف من الأضرار باختلاف الأشخاص.

(ب) أما الأروش غير المقدرة فهي التي ترك الشارع للقاضي الحرية في تقديرها. ويطلق على هذه الأروش حكومة عدل في اللغة الفقهية إشارة إلى ما تثبت به وهو التقدير العادل.

393 ـ انتظار البرء: لا يقضى بالأروش المقدرة أو غير المقدرة قبل استقرار الإصابة ومعرفة ما يؤول إليه الجرح، لأنه هو المعول عليه في تقدير الواجب به، وقد يسري إلى النفس فيصير قتلا. جاء في الشرح الكبير: (يؤخر القصاص فيما دون النفس لبرء المجروح، لاحتمال أن يأتي جرحه على النفس فيكون الواجب القتل)[45]. وفي المبدع: (ولا تجب دية الجرح حتى يندمل، لأنه لا يدري أقتل هو أم ليس بقتل، فينتظر ليعلم حكمه، وما الواجب فيه، ولهذا لا يجوز الاستيفاء في العمد قبل الاندمال فكذا في الخطأ. ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى ييأس من عودها، لأنه مما يحتمل العود، فلا يجب شيء مع الاحتمال كالشعر. وإنما يعرف ذلك بقول عدلين من أهل الخبرة: إنها لا تعود أبداً[46]. ولو برىء من الإصابة سقط الواجب فيها، فلو (قلع سنّ كبير أو ظفره ثم نبتت أو رده فالتحم لم تجب دية.. وفيها حكومة إن نقصت أو ضعفت... ولو ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت ديته لزوال سببها. وإن كان قد أخذها ردها، لأنه تبينا أنه أخذها بغير حق. وإن عاد ناقصاً أو عادت السن أو الظفر قصيراً أو متغيراً فعليه أرش نقصه خاصة، لأنه نقص حصل بجنايته كما لو نقصه مع بقائه. وإن قلع سن صغير ويئس من عودها، وحد الإياس سنة لأنه هو الغالب في نباتها.. وجبت ديتها، لأنه أذهبها بجنايته ذهاباً مستمراً كسن الكبير)[47].

ويتضمن هذا النص الأحكام التالية:

ـ الانتظار في تقدير الواجب بالجرح إلى حين اندماله، كما ينتظر في القضاء بالواجب في قلع السن والظفر والشعر إلى أن يشهد خبيران باليأس من عود المقلوع.

ـ تقدر فترة الانتظار بالغالب في البرء أو الاندمال أو تغير الإصابة.

(45) حاشية الدسوقي: 260/4.
(47) السابق: 388/8.
(46) المبدع: 387/8.

ـ يسترد الجاني ما دفعه في جبر الضرر إذا تغيرت الإصابة وشفي المجني عليه منها.

ـ تحسب نسبة العجز كالثلث أو الربع ويقدر الواجب في الإصابة بعد استقرارها بحسب هذه النسبة، وهو ما يطلق عليه في اصطلاحات الفقهاء المسلمين أرش النقصان.

394 ـ وقد التفت القضاء الإنجليزي إلى هذه المشكلة مؤخراً ولم يصل إلى حل مناسب لها إلا في تشريع 1982. وفيما يلي توضيح ذلك:

(أ) هدف القضاء الإنجليزي إلى التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمجني عليه في الحاضر والمستقبل بتقدير مبلغ مقطوع Lump Sum جملة واحدة. وعلى الرغم من يسر ترديد هذه العبارة فإن تطبيقها في الواقع، فيما يلاحظ Dias وزميله، أمر عسير للغاية، إذ لا حيلة للقاضي في حساب الأرباح التي كان سيجنيها المصاب في المستقبل لولا هذه الإصابة إلا الاعتماد على لعبة التخمين Guessing Game المحفوفة بالمخاطر، والتي تفوق طاقة البشر ولا تستند إلى قواعد حقيقية. وقد أشير في معرض انتقاد الاعتماد على التقدير المقطوع Lump Sum الذي يستحقه المضرور إلى احتمال تغير قيمة النقود بارتفاع معدلات التضخم أو انخفاضها، كما أشير إلى احتمال تغير إصابة المعتدى عليه بالبرء أو السراية إلى غيرها. ومع ذلك فقد كان المتبع أن يقدر القاضي شيئاً لا يتغير بعد ذلك بتغير الظروف، بحكم اعتباره تقديراً نهائياً.

(ب) التفت اللورد دينغ Dinning R.M إلى هذه الانتقادات وأثارها بقوة في محاولته عام 1979 إقناع محكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم بالمقدار المقطوع في تقدير التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمجني عليه في الماضي أو يحتمل معاناته منها في المستقبل تعويضاً مؤقتاً Interim award يحق للمحكمة أن تتدخل في المستقبل لتعديل تقديره والتغيير فيه بحسب ظروف المجني عليه واختلاف الضرر اللاحق به عما كان متوقعاً عند نظر القضية. وعلى الرغم من تقدير المحكمة لهذا الاقتراح الذي اعتبرته اقتراحا (فذاً وجذاباً) فإنها لم تأخذ به لعدم دقته فيما تصورته هذه المحكمة ولحاجته إلى تدخل السلطة التشريعية لإقراره. ومع ذلك فقد تأثرت المحاكم في عملها بمضمون هذا الاقتراح، حيث عمدت إلى تأجيل النظر في قضايا الجروح والإصابات البدنية أو تأجيل الحكم فيها إلى حين اتضاح ما تؤول إليه. لكن هذا الحل قد أدى إلى طول أمد التقاضي في نزاعات الضمان.

(جـ) وفي عام 1974 اقترح نظام الفصل في المحاكمة Split Trial بين إثبات المسئولية وبين تقدير الضمان[48]. ويقود هذا الاقتراح إلى ما يقود إليه الاقتراح السابق من تأخير وصول الحق لصاحبه. ولهذا فإن لجنة بيرسون Pearson Committee لم تأخذ بهذا الحل في

---

(48) انظر حكم محكمة الاستئناف في قضية Coenen V. Payne، ص 403 من كتاب (دياس).

توصيتها بإلغاء نظام التقدير المقطوع، ومطالبتها بالأخذ بنظام التقسيط في دفع المستحق في التعويض[49].

ـ لكن الحل الأخير لهذه المشكلة قد تمثل في صدور قانون 1982 الذي جاء بنظام التعويض المؤقت Provisional Damages. وقد أصبح من حق المتضرر أن يطالب بمقتضى هذا القانون بحقه في التعويض عن الخسائر الحالة به فعلاً وأن يطالب في المستقبل بالخسائر التي تحل به فيما بعد.

ولا يتناقض هذا الحل فيما يبدو للوهلة الأولى مع ما قرره الفقهاء المسلمون، إلا أنهم يضيفون الحق في طلب تعديل الحكم القضائي بتحديد مقدار التعويض إلى المدعى عليه إذا ما استطاع إثبات أن المدعي قد أخذ فوق ما يستحقه لتحسن إصابته أو لبرئه منها.

395 ـ الأروش المقدرة: تقدم أن الأروش المقدرة هي التي حدد الشارع في الإصابات البدنية مقدار الواجب فيها. وإجمال أنواع هذه الأروش فيما يلي:

(أ) وجوب الدية كلها: تجب الدية كاملة في التعدي بإبانة عضو لا نظير له في الجسم، أو بإذهاب منفعته مع بقاء صورته أو بإزالة جماله المقصود في الإنسان. وتجب لهذا في قطع الأنف وحده أو مع المارن وهو ما لان من الأنف وخلا من العظم، وفي قطع اللسان، وفي شعر الرأس وشعر اللحية إذا لم ينبت بعد الإصابة. وتجب الدية كاملة بفقد قدرة العقل أو المشي أو الكلام أو الشم أو السمع أو البصر أو الإنجاب.

(ب) وجوب بعض الدية: أما الأعضاء المثناة في الجسم كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والشفتين والحاجبين ففي إبانة أحدها نصف الدية. وفي قطع أحد الأعضاء الرباعية في الجسم كأشفار العينين وأهدابهما ربع الدية. وفي قطع ماله نظائر عشرة في الجسم عشر الدية. فاعتبرت نسبة الضرر إلى الدية.

وفي الموضحة من الشجاج[50] نصف عشر الدية. ويفرق أبو حنيفة بين موضحة الرأس التي تجب فيها هذه النسبة وبين موضحة الوجه التي يجب فيها عشر الدية، بناء على أن الضرر فيها أشد، فإن الشعر يستر موضحة الرأس والوجه لا يستر. وفي الهاشمة عشر الدية، وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية (15%)، وفي الآمة أو المأمومة ثلث الدية. وفي الجائفة ثلث الدية[51].

(49) Dias and Markesinis on Tort Law p. 401.

(50) سبق توضيح معاني هذه الشجاج.

(51) انظر الآثار المتعلقة بالواجب في الشجاج والجراح في المصنف لابن أبي شيبة 148,141/9، ونصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي: 375/4، ومصنف عبد الرزاق: 305/9 وما بعدها، والمحلى لابن حزم: 458/10، والسنن الكبرى للبيهقي: 81/8.

ويلتفت في ديات الشجاج والجروح إلى الأمرين التاليين:
أولهما: أنه لا تقدير في غير هذه الجراح الخمسة: الموضحة والهاشمة والمنقلة والآمة والجائفة. أما غيرها من الشجاج والجراح فيجب فيها أرش غير مقدر.

والثاني: تعدد الواجب وزيادته بتعدد الإصابة وشدتها، فلو ضربه ضربة أحدثت به هاشمتين لا تتصلان ويحجز بينهما حاجز وجب في كل منهما العشر. ولو أحدث جائفتين وجب ثلثا الدية. ويزاد في العمد عن الخطأ فيما دون النفس ما يزيده العمد في الجناية على النفس.

396 ـ الأروش غير المقدرة: لم يقدر الشارع الواجب في الإصابات المتفاوتة، وترك أمر تقدير هذا الواجب إلى القاضي أو من ينيبه ممن تتوافر فيه صفة العدالة. وهذا هو معنى تفويض التقدير إلى حكومة العدل فيما يجري على ألسنة الفقهاء. وتشبه حكومة العدل في ضمان التعدي عقوبة التعزير لتفويض التقدير فيهما للقاضي. ويرشد هذا المفهوم إلى وجود قاعدة عامة في الفقه الإسلامي، هي أن التعدي على البدن الإنساني يوجب التعويض المفوض تقديره للقاضي إذا لم يحدد الشارع مقداره. ويدخل في هذا النوع من الأروش الإصابات التالية:

(أ) إبانة جزء عضو، كقطع بعض الأنف، وكقطع بعض اللسان مما لا يمنع الكلام، أما إذا امتنع الكلام ففيه الدية كاملة[52].

(ب) نقص منفعة العضو (العجز الجزئي)، كأن يصيبه إصابة تمنعه عن المشي المتتابع ولا تمنعه عن الحركة، أو تؤثر على نطقه أو بصره أو حاسة الذوق عنده. وقد روي عن سعيد بن المسيب أن رجلاً أصاب عين رجل فذهب بعض بصره وبقي بعض، فرفع ذلك إلى علي فأمر بعينه الصحيحة فعصبت وأمر رجلاً ببيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك علماً. قال: ثم نظر في ذلك فوجده سواء. فقال أعطوه بقدر ما نقص من بصره من مال الآخر)[53]. وعلى الرغم من التسليم بالمبدأ القاضي بإعطاء المتضرر نسبة من دية العين تماثل نسبة العجز التي لحقتها فإن المعيار المنسوب للإمام علي رضي الله عنه في تقدير نسبة العجز أو النقص في الاصطلاح الفقهي معيار لا يكشف عن الحقيقة فيما يلاحظ الشعبي، لأنه يعتمد على إخبار المتضرر عن حال نفسه، ومن مصلحته التقدير بارتفاع نسبة العجز فيتهم. وهذا هو معنى قول الشعبي في تعليقه على ما نسب إلى الإمام علي في الذي أصيبت عينه حيث أراه البيضة، بأنه: (إن شاء زاد في عينه التي يبصر بها، فقال إنه يبصر بها أكثر مما يبصر بها، وإن شاء نقص من عينه التي أصيبت فقال إنه لا يبصر

(52) مصنف ابن أبي شيبة: 178/9.
(53) السابق: 172/9 .

بها وهو يبصر بها. ولكن أمثل من ذلك أن ينظر طبيب ما يرى فينظر ما نقص منها)[53] . ولو ضرب الرجل فبح واعترضت صوته خشونة، أو (غَنّ) وخرج الصوت من أنفه اعتبر ذلك إذهابا لمنفعة الكلام ووجبت فيه الدية[54]. أما إذا ثقل كلامه فيقدر الواجب بحساب النقص. ويشبه هذا ـ على سبيل المقارنة أسلوب حساب الواجب في العجز الجزئي عند أهل القانون.

(جـ) إبانة الأعضاء غير الصحيحة كلسان الأخرس وعين الأعور والإصبع الزائدة ويد الأشل وما يماثله. وهو مذهب الحنابلة والشافعية والأحناف[55] . جاء في المبسوط: (وفي

---

(54) السابق: 170/9.

(55) قد يوضح هذا الأسلوب قضية المجلس البلدي بالخرطوم ضد ميشيل قطران التي نظرتها المحكمة العليا بالخرطوم عام 1958. وموضوع هذه القضية التي كانت محكمة الدرجة الأولى قد نظرتها قبل هذا التاريخ أن ميشيل قطران قاضي جزئي المحكمة العليا بالخرطوم كان قد دعي إلى حفل أقامته السفارة العراقية بالخرطوم في السابعة مساء اليوم الثاني من مايو 1957 الموافق لليوم الثاني من شوال، حيث لا يظهر القمر في هذا الوقت من الشهر، فبدا الطريق مظلماً لحظة وصول القاضي أمام السفارة في الثامنة إلا ربعاً من مساء تلك الليلة. وفي طريقه من مكان وقوف السيارة التي جاء فيها إلى مدخل السفارة، حيث تقدر المسافة بينهما بحوالي خمسة عشر متراً، سقط المدعي في مجرى عرضه حوالي مترين ونصف. وقد ثبت أن المجلس البلدي لمدينة الخرطوم هو الذي حفر هذا المجرى قبل الحادث بخمس سنوات، وأنه لم يكن هناك غطاء فوقه أو نور أو علامات تدل عليه أو أعمدة تحيط به، وإنما أقام المجلس هذه الأعمدة بعد ذلك. وقد خرج المدعي من هذا المجرى وهو يعاني آلاماً شديدة، فذهب إلى بيته على أمل الشفاء مما يعانيه. ولم تخف هذه الآلام فعرض نفسه على إحدى اللجان الطبية الحكومية التي نصحته بالسفر إلى لندن للعلاج، فوصلها في السادس والعشرين من الشهر نفسه. وأثبت الكشف الطبي في اليوم التالي لوصوله 1957/5/27 أن المدعي يعاني من تهشم في مفاصل القدم، وهو يؤدي إلى (عجز مستديم)، من ناحية أنه سيكون بقدمه عرج لا يسمح له بالسير على أرض غير مستوية إلا بمعاناة في المشي. ومن المحتمل أن التهابات المفاصل قد تزداد فيما بعد). وقدر الأطباء المعالجون نسبة العجز في حدود 65% إلى 75%. (وروى المدعي للمحكمة الآلام والمتاعب التي عاناها.. والآلام التي لا يزال يقاسي منها في سيره، وحرمانه من المجتمعات التي كان يغشاها والمصاعب التي يجدها أثناء عمله بالمحكمة). وقد اضطر المدعي لإجراء عملية خطيرة استلزمت استئصال بعض عظام القدم للتخفيف من الآلام التي يعانيها. وقد صدر حكم محكمة أول درجة بتقدير التعويض بـ 7,332,850 جنيهاً، منها 2,332,850 من الجنيهات تعويضاً خاصاً في مقابل النفقات التي تحملها، والباقي وقدره خمسة آلاف جنيه تعويضاً عاماً عن الإصابة التي لحقت به من إهمال المجلس البلدي. والذي يلتفت إليه من هذه القضية في هذا السياق هو أسلوب تقدير العجز المتبع الآن وإمكان مقارنته بالأسلوب الذي أشار إليه الشعبي. انظر هذه القضية في أصول المسئولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني للدكتور محمد شتا أبو سعد ص 118 وما بعدها.

لسان الأخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء . . حكم عدل بلغنا ذلك عن إبراهيم. وهذا لأن إيجاب كمال الأرش في هذه الأعضاء باعتبار تفويت المنفعة الكاملة، وذلك لا يوجد لأن منافع هذه الأعضاء كانت فائتة قبل جنايته[56].

ويخالف المالكية الجمهور ويرون وجوب الدية كاملة في قطع العضو غير الصحيح، هذا هو الراجح في مذهبهم. والمرجوح أن في قطع العضو غير الصحيح حكومة عدل[57].

(د) الجروح والشجاج التي لم يوجب الشارع فيها شيئاً مقدراً. وينصرف ذلك في الجراح إلى ما عدا الجائفة وفي الشجاج إلى الخارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق، لأنها ليس فيها جميعاً شيء قدره الشارع[58].

(هـ) أرش الألم في الجراحات التي برئت من غير شين على الخلاف السابق ذكره بين أئمة المذهب الحنفي. وقد رجحت نسبة القول بضمان أرش الألم لمحمد بن الحسن، للعلاقة بين القول بضمان أرش الألم وبين ضمان المنافع على الرغم من وجوب التفريق بين هذين النوعين من الضمان[59].

ويتألف ضابط اعتبار أرش الألم في منصوص فقه الأحناف من الأمور التالية:
أولهما: أن يكون مسبب الألم فعلا غير مشروع.

الثاني: أن تكون نتيجة هذا الفعل ملموسة مادية. ويفترق الألم الموجب للتعويض في هذا عن مجرد الحزن.

الثالث: ألا يدخل موجب هذا الفعل ونتيجته في الأروش المقدرة.

وقد تكرر ذكر أرش الألم في كتب الأحناف بخصوص مسألة معينة، هي مسألة شفاء الجرح على غير شين. وأجد مع هذا أن من المستحسن التوسع في تفسير الألم الموجب للأرش بما يشمل النتائج غير المادية من الإهانات والضرب واللطم الذي لا يترتب عليه أثر مادي ملموس، وسيرد توضيح هذا القياس في مناسبته.

ويرشد هذا كله إلى نتيجة مؤداها أن أكثر الإصابات التي تلحق البدن غير متماثلة،

---

(56) المبسوط: 80/26، وانظر: المهذب للشيرازي: 206/2، وكشاف القناع للبهوتي: 50/6.

(57) حاشية الدسوقي: 273/4.

(58) البدائع: 316/7 وما بعدها.

(59) لعل في قضية Wise v. Kaye (1962) ما يوضح هذه العلاقة، حيث دخلت المصابة في غيبوبة استمرت عقب إصابتها حتى انتهاء المحاكمة، وهي فترة بلغت ثلاث سنوات ونصف السنة. وقد فقدت طاقاتها وقدراتها Amenities هذه الفترة، فحكم لها بالتعويض عن هذا الضرر. ولم يقض لها بتعويض كامل عن الألم الذي تسببه هذه الإصابة لأنها لم تستشعره بهذه الغيبوبة. وقد تأكد هذا التفريق بعد ذلك في قضايا مماثلة. انظر Dias and Markesinis, Tor Law, P. 413

ويجب فيها التعويض المفوض تقديره إلى القاضي.

397 ـ وقد جاء في المادة 263 من مشروع القانون الجنائي المصري طبقاً للشريعة الإسلامية إجمال أحوال (تقدير المستحق من الدية بمعرفة المحكمة) على النحو التالي: (تقدر المحكمة الجزء المستحق من الدية للمجني عليه إذا نشأ عن إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد الأربع السابقة قطع جزء من العضو أو فقد جزئي من منفعة عضو أو جرح غير نافذ أو أية إصابة ليس فيها جزء مقدر من الدية. ويكون تقدير الجزء المستحق من الدية بحسب جسامة الاعتداء والضرر المترتب على الجريمة مع مراعاة النسب المحددة في هذا الباب. وللمحكمة أن تستعين في تحديد الضرر برأي أهل الخبرة).

أما إجراءات التحقيق الابتدائي في هذه الإصابات بإثباتها ووصفها وصفاً كافياً وجمع المعلومات والبيانات حول أسباب حدوثها وإحالة المصاب إلى الطبيب المختص، فقد أجملت هذه كله المادة 272. وتحدد المادتان 274،273 من هذا المشروع أسلوب إعلان المدعى عليه أو من ينوب عنه قانوناً بحقوقه الناشئة عن الجناية. أما الأحكام المتعلقة بغياب المجني عليه أو من ينوب عنه فقد جاءت في المادة 275 التي تضمنت النص على حق النيابة العامة في المطالبة بالدية أو الأرش إذا كان المجني عليه عديم الأهلية أو ناقصها. ويسري على المجني عليه أحكام المدعي بالحقوق المدنية وعلى العاقلة أحكام المدعى عليه بهذه الحقوق في قانون الإجراءات الجنائية، طبقاً لما جاء في المادة 277 من هذا المشروع.

398 ـ غرة الجنين: إذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً بجناية عليها فعلى الجاني غرة: عبد أو أمة، تبلغ قيمة أي منهما نصف عشر الدية. وقد (روى سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو وليدة، فقال الذي قضي عليه: كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل، ومثل ذلك يطل، فقال رسول الله ﷺ: إن هذا من إخوان الكهان.. وعن أبي هريرة أن امرأتين من هذيل استبتا في زمن رسول الله ﷺ فرمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها، فقضى فيه رسول الله ﷺ بغرة عبد أو وليدة. قال محمد: وبهذا نأخذ، إذا ضرب بطن المرأة الحرة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة عبد أو أمة أو خمسون ديناراً أو خمسمائة درهم نصف عشر الدية. فإن كان من أهل الإبل أخذ منه خمس من الإبل وإن كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشياه، نصف عشر الدية[60]. (لكن لو انفصل الجنين عن الأم حياً ثم مات من الجناية ففيه الدية كاملة. وإنما تعرف حياته بظهور أماراتها الطبيعية كالاستهلال عقب انفصاله. أما لو قتلت الأم ثم خرج الجنين بعد ذلك ميتاً فلا شيء في الجنين، وفي الأم الدية. وإن كان في بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موتها وخرج الآخر بعد موتها وهما ميتان، ففي الذي خرج قبل موتها

(60) موطأ محمد بن الحسن: ص 293.

خمسمائة، ولا يرث من دية امه ولها ميراثها منه، وليس في الذي خرج بعد موتها شيء)[61]. ويرى المرحوم الشيخ أبو زهرة أن (تقدير الغرة بنصف عشر الدية على أساس أن غرة الجنين تكون بعشر دية أمه. ولما كانت دية المرأة نصف دية الرجل فإن دية الجنين تكون نصف عشر الدية العامة للرجال، وأن ذلك رأي الأكثرين حتى ادُّعي الإجماع عليه). أما هو فيرجح المساواة بين دية المرأة ودية الرجل، ولذا يرى مضاعفة الغرة وتقديرها بعشر دية الرجل.

ولتقويم هذه الرأي وإعطائه حقه من التقدير تلزم الإشارة إلى الأمور التالية:

(أ) تفيد الآثار أن الجنين لم يكن فيه شيء قبل الإسلام، وهذا هو ما عناه سائل النبي ﷺ بلغة مسجوعة سجع الكهان، حيث ذكر أن دم الجنين الذي لم تبد عليه مظاهر الحياة يهدر.

(ب) يستفاد من الآثار أن النبي ﷺ لم يضع قاعدة التقدير للواجب في الجنين بالعشر أو نصفه، وأنه إنما قضى في واقعة معينة بإيجاب عبد أو أمة. بل إن هذه الواقعة لم تكن معروفة لكثير من الصحابة، لذا استشار عمر رضي الله عنه الناس في الواجب في إجهاض المرأة، وحينما روى المغيرة هذه الواقعة طالبه عمر بشاهد آخر يؤيدها.

(جـ) الفقهاء هم الذين قربوا قيمة العبد أو الأمة التي قضى بها النبي ﷺ إلى التقدير بنصف عشر الدية. إذ لم تنسب السنة غرة الجنين إلى دية الأب أو الأم، وإنما قضى النبي ﷺ بعبد أو أمة في الغرة، ووجد الفقهاء فيا بعد أن قيمتها تقترب من نصف عشر الدية العامة، فقدروا الغرة هذا التقدير.

والحاصل أن زيادة الواجب في غرة الجنين، بناء على مساواة دية المرأة بدية الرجل، أمر يفتقر إلى الأسس التي تسوغه.

399 ـ وإنما يستحق الغرة ورثة الجنين، لأن العدوان وقع عليه والغرة وجبت له فتنتقل إلى ورثته. ولو تسببت الأم في الإجهاض بأن تعاطت دواء أو فعلاً أدى إليه لم ترث من الغرة الواجبة عليها أو على عاقلتها، لأنه لا ميراث لقاتل. ويدل هذا على اعتبار الشارع للجنين في نفسه دون أمه. وهذا هو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وأصحابه[62]. وهو مذهب الحنابلة كذلك؛ ففي كشاف القناع أن الغرة موروثة عن الجنين، (لأنها دية آدمي حر فوجب أن تكون موروثة عنه، كما لو ولدته حيا ثم مات. وقال الليث: هي لأمه ولا يرث عنه

(61) المصنف لابن أبي شيبة: 464/9.

(62) المبسوط: 89/26، وبداية المجتهد: 408/2، والمحلى 32/11، وحاشية الدسوقي: 269/4.

غيرها)[63]. ويعتبر الليث العدوان على الجنين عدواناً على جزء من أجزاء الأم فتستحق التعويض عنه وحدها، وما تأخذه بهذا التقدير لا يدخل في الميراث، وإلا لاشترك معها في ميراثه من يدلي إلى الجنين بسبب يوجب التوريث. وأجد لهذا أن حكاية البهوتي مذهب الليث في استحقاق الأم غرة جنينها بلفظ التوريث ليست دقيقة. ولا يعقل ألا يتفطن الليث إلى ما هو من ضرورة مذهبه.

400 ـ دية المرأة: على الرغم من اتجاه جمهور الفقهاء إلى الحكم بتنصيف دية المرأة بوجه العموم فقد تعددت الآراء في هذه الدية بوجه التحديد على النحو التالي:

الرأي الأول: أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس وما دونها. وهو مذهب علي ابن أبي طالب وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما؛ ففي الأم عن محمد بن الحسن عن محمد بن أبان عن حماد عن إبراهيم عن عمر بن الخطاب وعليّ أنهما قالا: عقل المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وما دونها[64]. وأخرج محمد بن الحسن هذا الأثر عن علي وعمر[65]. غير أن الإمام أبا يوسف لم يخرجه في آثاره، وإنما أشار إليه في خراجه بلفظ: (حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي قال: كان علي رضي الله عنه يقول: دية المرأة في الخطأ على النصف من دية الرجل فيما دق وجل)[66]. وأخرجه ابن خسرو في جامع مسانيده[67] والبيهقي في سننه[68]. ويستدل أصحاب هذا الرأي لمذهبهم بما رواه معاذ بن جبل عن النبي ﷺ أنه قال: «دية المرأة نصف دية الرجل». وقد أخرجه البيهقي وقال فيه (روي بإسناد لا يثبت مثله)، وتناقل الناس عنه هذه العبارة[69]. ويخطىء بعض المؤلفين في نسبة هذه الجملة (دية المرأة نصف دية الرجل) إلى حديث عمرو بن حزم الطويل، فيما يلاحظ الحافظ ابن حجر العسقلاني، وهي ليست فيه إنما أخرجها البيهقي من حديث معاذ بإسناد لا يقوى على إثباته[70]. وقد أخذ بهذا الرأي كل من الأحناف والشافعية وابن شبرمة والليث والثوري مستدلين بحديث معاذ. وعبارة أحد المدافعين عن هذا الرأي أن حديث

---

(63) كشاف القناع: 24/6.

(64) الأم للشافعي: 282/7.

(65) الآثار: ص 101، والحجج المبينة في الرد على أهل المدينة: 285,278/4، والأصل أو المبسوط: 452/4.

(66) الخراج لأبي يوسف: ص 95.

(67) جامع المسانيد: 180/2.

(68) السنن الكبرى: 96/8.

(69) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: 24/4، ونيل الأوطار للشوكاني: 215/7، وإعلاء السنن: 166/18.

(70) التلخيص الحبير: 24/4، وإعلاء السنن: 167/18.

معاذ (إن لم يكن يصلح للاحتجاج فهو لا يسقط عن درجة الاستشهاد)[71].

الرأي الثاني: دية المرأة على النصف من دية الرجل إلا في أرش الموضحة وأرش السن فإنهما سواء وينسب هذا الرأي إلى ابن مسعود وشريح، كما ينسبه البعض إلى عمر كذلك. فعن (شريح أن هشام بن هبيرة كتب إليه يسأله، فكتب إليه أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فيما دق وجلّ. وكان ابن مسعود يقول في دية المرأة في الخطأ على النصف من دية الرجل إلا السن والموضحة فهما فيه سواء)[72]. وأخرج ابن أبي شيبة عن مغيرة عن إبراهيم النخعي عن شريح، قال أتاني عروة البارقي من عند عمر أن جراحات الرجال والنساء تستوي في السن والموضحة، وما فوق ذلك فدية المرأة على النصف من دية الرجل). ويضيف عمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير، فيما أخرج ابن أبي شيبة، إلى السن والموضحة: المنقلة، فعن عمر بن عبد العزيز أنه قال: (في موضحة المرأة ومنقلتها وسنها مثل الرجل في الدية)[73]. ويتأيد هذا الاستثناء بافتراض أن الدية من المقدرات التي لا تنقل إلا سماعاً، فكأن ابن مسعود قد سمعه من النبي ﷺ[74].

الرأي الثالث: التسوية بين الرجل والمرأة إلى ثلث ديتها، فإن زادت على الثلث فلا تأخذ إلا نصف ما يأخذه الرجل. يوضحه ما روي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، قال: (قلت لسعيد بن المسيب: ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة؟ قال: عليه عشر من الإبل، قلت: فإن قطع أصبعين منها؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلت: فإن قطع ثلاثة أصابع؟ قال عليه ثلاثون من الإبل. قلت فإن قطع أربعة أصابع منها؟ قال عليه عشرون من الإبل. قلت سبحان الله، لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها؟ قال: أعراقي أنت؟ فقلت لا، بل جاهل مسترشد أو عاقل مستفت. فقال: إنه السنة)[75]. ويكشف هذا الحوار عن المعاني التالية:

(أ) غرض ربيعة من السؤال عن دية الأصبع والأصبعين والثلاثة هو إبراز تناقض القائلين بتنصيف الواجب للمرأة فيما زاد عن ثلث الدية. ولذا غضب أستاذه من ملاحظاته ولامه على قصده فيما يدل عليه سؤاله: أعراقي أنت؟

(ب) ينكر ربيعة فيما تبديه عبارته ألا يطرد الواجب مع الضرر زيادة ونقصا فيما

---

(71) إعلاء السنن: 166/18، ونيل الأوطار: 277/7.

(72) المصنف لابن أبي شيبة: 300/9.

(73) السابق: 301/9.

(74) انظر المبسوط للسرخسي: 79/26.

(75) السابق، رواه مالك في الموطأ، وابن أبي شيبة في المصنف: 302/9، والشوكاني في نيل الأوطار: 225/7.

يستنبط من النصوص الشرعية بعموم معنوي يشبه العموم اللفظي في قوة الاحتجاج.

(جـ) فهم الشافعي من قوله (هي السنة) معنى سنة النبي ﷺ فترة ثم بان له أن المقصود هو سنة المدينة؛ ففي التلخيص عن ابن جريج قال الشافعي: كان مالك يذكر أن التنصيف للمرأة بعد الثلث هو السنة، (وكنت أتابعه عليه وفي نفسي منه شيء، ثم علمت أنه يريد سنة أهل المدينة فرجعت عنه) [76].

وإنما ينسب هذا الرأي إلى زيد بن ثابت، فقد أخرج ابن أبي شيبة أن زيد بن ثابت كان يقول: (دية المرأة في الخطأ مثل دية الرجل حتى تبلغ ثلث الدية، فما زاد فهو على النصف)[77]. ولا حجة لمن يقول به من السنة إلا ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديته»، رواه النسائي والدارقطني وصححه ابن خزيمة[78]. لكن ابن حجر يذكر انقطاع إسناد الحديث[79]. ويبدو أنه هو ما كان عليه العمل في المدينة بدليل ملاحظة الشافعي السابقة.

الرأي الرابع: التسوية بين دية الرجل ودية المرأة إلى النصف، فإذا بلغت النصف أخذت نصف ما يستحقه الرجل. وينسب ابن أبيب شيبة هذا الرأي إلى الحسن البصري، فعن ابن عون عن الحسن أنه قال: (يستوي جراحات الرجال والنساء إلى النصف، فإذا بلغت النصف فهي على النصف)[80].

ـ الرأي الخامس: المماثلة بين دية المرأة ودية الرجل مطلقاً في النفس وما دونها. ولا أدري كيف نسب ابن أبي شيبة هذا الرأي إلى علي، ففي المصنف حدثنا أبو بكر قال: حدثنا حفص عن الشيباني وإسماعيل عن الشعبي عن علي قال: (تستوي جراحات النساء والرجال في كل شيء)[81]. ولا تحمل نسبة هذا الرأي للإمام علي إلا على وجه الخطأ، فالذي تناقلته الكافة من مذهبه أنه كان يرى التنصيف مطلقاً. وإنما ينسب هذا الرأي إلى كل من ابن علية وأبي بكر الأصم. ومستند هذا الرأي هو العموم الوارد في قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ (النساء: 92). وللمساواة بين الرجل والمرأة في الإنسانية والحرمة وفي إيجاب القصاص فيجب أن يستويا في بدل عقوبة القصاص وهو الدية[82].

(76) التلخيص الحبير: لابن حجر 25/4.
(77) المصنف: 300/9.
(78) نيل الأوطار للشوكاني: 224/7.
(79) التلخيص الحبير: 23/4.
(80) المصنف: 301/9.
(81) السابق: 301/9.
(82) انظر نسبة هذا الرأي إلى ابن علية والأصم في المغني لابن قدامة.

401 ـ في العصر الحديث: ذهب عدد من الأعلام في العصر الحديث إلى مساواة دية المرأة بدية الرجل. ولعل الشيخ محمد عبده هو أقدم من دعا إلى هذه التسوية في هذا العصر. ورأيه وجوب اتحاد قدر الدية بالنسبة لجميع الناس، بناء (على أن الدية في مقابلة الدم فقط، والناس في نظر الشريعة من هذه الحيثية سواء)[83].

وقد تابعه في هذا الرأي الشيخ محمود شلتوت رحمه الله؛ إذ يرى أنه (إذا كانت إنسانية المرأة من إنسانية الرجل ودمها من دمه والرجل من المرأة والمرأة من الرجل وكان القصاص هو الحكم بينهما في الاعتداء على النفس وكانت جهنم والخلود فيها وغضب الله عليه ولعنته هو الجزاء الأخروي في قتل المرأة، كما هو الجزاء الأخروي في قتل الرجل فإن الآية في قتل المرأة خطأً هي الآية في قتل الرجل خطأً. ونحن ما دمنا نستقي الأحكام أولاً من القرآن فعبارة القرآن في الدية عامة مطلقة لم تخص الرجل بشيء منها عن المرأة: (ومن قتل مؤمناً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله)، وهو واضح في أنه لا فرق في وجوب الدية بالقتل الخطأ بين الذكر والأنثى)[84].

وممن أخذ بهذا الرأي كذلك المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة الذي انتقد مذهب تنصيف الواجب للمرأة بأن القائل به قد (نظر إلى المالية، ولم ينظر إلى الآدمية وإلى جانب الزجر للجاني. والحقيقة أن النظر في العقوبة إلى قوة الإجرام في نفس المجرم ومعنى الاعتداء على النفس الإنسانية، وهي قدر مشترك عند الجميع لا يختلف باختلاف النوع. . . وعلى ذلك ينبغي أن تكون دية المرأة كدية الرجل على سواء، إذ هي عقوبة الدماء، ولأن التعدي بقتل رجل كالتعدي بقتل امرأة على سواء، ولذلك ترجح كلام أبي بكر الأصم. والنصوص أكثرها أخبار احاد والتوفيق بينها ممكن، ولا يمكن ترجيح خبر على خبر، والآية صريحة في عموم أحكام الدية في القتل الخطأ، لأن الله تعالى يقول: ﴿فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾، والنبي ﷺ بين الدية بقضية عامة، وهي مائة من الإبل[85].

وقد رجح المستشار علي علي منصور المماثلة بين الرجل والمرأة استناداً إلى عموم قوله ﷺ: «إن في النفس مائة من الإبل»، وإلى وجوب النظر في تقدير الدية إلى الاعتداء على النفس الإنسانية، وهي واحدة، ولا يكون للأنصبة في الميراث أو لمعنى منفعة المرأة واختلافها عن منفعة الرجل، ويؤيد هذه التسوية، بتعبيره، (كثير من الفقهاء المحدثين)[86] .

---

(83) تفسير المنار.

(84) الإسلام عقيدة وشريعة: ص 245.

(85) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة: ص 573.

(86) الإسلام مقارناً بالقوانين الوضعية لعلي علي منصور: ص 140.

وقد أسفر الاتجاه إلى تسوية الواجب في دية المرأة بما هو واجب للرجل منها عن تبني مشروع قانون العقوبات المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية المساواة في الواجب لهما. وتضم اللجنة التي عهد إليها بصياغة هذا المشروع عدداً كبيراً من المتخصصين في الفقه الإسلامي، من بينهم عدد من رؤساء أقسام الفقه بالجامعات المصرية ووزراء الأوقاف وشئون الأزهر ورئيس جامعته. وفي المادة 212 من هذا المشروع أن (دية المقتول ذكراً أو أنثى، مسلماً أو غير مسلم أربعة آلاف ومائتان وخمسون جراماً من الذهب الخالص. ويُقَوَّم جرام الذهب بالسعر المحدد وقت ارتكاب الجريمة من مصلحة دمغ المصوغات والموازين).

ولم يكن الأمر بهذا اليسر في الباكستان، حيث أصرت اللجنة التي عهد إليها بصياغة مشروع قانون القصاص والديات عام 1985 وما بعدها على تنصيف الدية، على الرغم من الجهود العنيفة التي بذلت لإثناء اللجنة عن رأيها. وشنت الحركة النسائية حملة مكثفة على هذا المشروع في الصحافة ووسائل الإعلام والمجالس النيابية، وعملت على تنظيم المظاهرات والاحتجاجات التي أدت في النهاية إلى تعطيل إقرار هذا المشروع طيلة السنوات السابقة. وقد تألفت حديثاً لجنة أخرى لإعداد مشروع جديد للقصاص والديات. ولا أجد حرجاً في إبداء ما ذكرته لأحد أعضاء هذه اللجنة خاصاً بترجيح التسوية في دية المرأة على ما ذهب إليه الجمهور في التنصيف، رغبة في إضعاف الجبهة المعادية لإقرار هذا المشروع وتطبيقه. وأجد أن هذه مصلحة مرسلة، بمعنى أن الشارع لم يبين حكم نوعها وإن أرشدت نصوص كثيرة إلى وجه اعتبار الشارع لجنسها. ذلك أن في تيسير إقرار هذا المشروع حفظ الدين، وتطبيقاً لشرع الله عز وجل. وإذا صرفنا النظر عن هذه الضغوط الاجتماعية التي تفرض التسوية فإن اتجاه عدد من أساتذة الفقه الإسلامية إلى ترجيح التسوية، وما ساقوه من أدلة، مما يؤيد هذا الاتجاه.

402 ـ دية غير المسلمين: اختلف آراء الفقهاء منذ عصر الصحابة اختلافاً بيناً في تقدير دية المعاهد على النحو التالي:

الرأي الأول: دية الكتابي نصف دية المسلم، ودية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم. دليله ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «عقل الكافر نصف دية المسلم»، رواه أحمد والنسائي والترمذي[87]. وهو مذهب عمر بن عبد العزيز الذي أخرج له ابن أبي شيبة قوله: (دية المعاهد على النصف من دية المسلم)[88]. وقد أخذ المالكية والحنابلة بهذا الرأي[89].

(87) نيل الأوطار: 221/7.

(88) المصنف: 288/9.

(89) حاشية الدسوقي: 268/4، وكشاف القناع: 21/6.

الرأي الثاني: دية الكتابي، يهودياً أو نصرانياً، ثلث دية المسلم ودية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم، لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسيّ ثمانمائة درهم[90]. ويبدو لي أن منشأ هذا الحكم اتباع مألوف أهل الذمة في ودي قتلاهم، فقد أخرج ابن أبي شيبة عن سليمان بن يسار قوله: (كان الناس يقضون في الزمان الأول في دية المجوسي بثمانمائة ويقضون في دية اليهودي والنصراني بالذي كانوا يتعاقلون به فيما بينهم، ثم رجعت الدية إلى ستة آلاف درهم)[91].

الرأي الثالث: دية الذمي مثل دية المسلم، فعن ابن مسعود أنه قال: (من كان له عهد أو ذمة فديته دية الحر المسلم). وعن مجاهد وعطاء وعلقمة مثله. وعن الشعبي وإبراهيم أنهما قالا: (دية اليهودي والنصراني والمجوسي والمعاهد مثل دية المسلم. نساؤهم على النصف من دية الرجال. وكان عامر (أي الشعبي) يتلو هذه الآية: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله﴾[92].

وترشد بعض الآثار إلى أن حدوث تنصيف الدية كان على عهد معاوية، فقد أخرج عبد الرزاق عن معمر عن الزهري، قال: (كانت دية اليهودي والنصراني في زمن النبي ﷺ مثل دية المسلم، وأبي بكر وعمر وعثمان، فلما كان معاوية أعطى أهل القتيل النصف وألقى النصف في بيت المال. ثم قضى عمر بن عبد العزيز في النصف وألغى ما كان جعل معاوية. قال الزهري: ولم يقض لي أن أذاكر عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة. قلت للزهري: بلغني أن ابن المسيب قال: ديته أربعة آلاف. فقال: إن خير الأمور ما عرض على كتاب الله تعالى: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله﴾[93].

وقد تمسك الأحناف بعموم آية الدية في التسوية بين المسلم والذمي في الواجب له في النفس وما دونها، ولم يعتضدوا بهذا العموم نفسه في تقدير الواجب للمرأة. ولعل المعنى فيه أن الآثار الواردة في تنصيف الواجب لأهل الذمة لم تبلغ عندهم قوة الآثار الواردة في التنصيف للمرأة.

---

(90) المهذب: 197/2.

(91) المصنف: 289/9.

(92) أخرج هذه الآثار ابن أبي شيبة في المصنف: 286/9.

(93) إعلاء السنن: 160/18 وانظره في نصب الراية للزيلعي، وبدائع الصنائع: 255/7.

المبحث الخامس: العاقلة

403 ـ مفهوم العاقلة: تتحمل العاقلة الدية أو جزءها إذا لم تجب في مال الجاني. وإنما تجب في مال الجاني في الأحوال التالية:

1 ـ إذا وقعت الجريمة عمدا، فالقاعدة أن العاقلة لا تحمل عمداً.

2 ـ إذا وقعت الجريمة خطأً وثبتت بإقرار الجاني، فالقاعدة أن العاقلة لا تحمل اعترافاً إلا إذا صدقته العاقلة أو ثبتت الجريمة بأدلة أخرى غير مجرد الإقرار.

3 ـ إذا كان الواجب من الدية قد ثبت بالصلح، إذ لا تعقل العاقلة صلحا.

4 ـ إذا كان الواجب من الدية أقل من الحد الذي تتحمله العاقلة على اختلاف في ذلك؛ فالإمام الشافعي لا يثبت حداً لأقل ما تتحمله العاقلة، ويوجب القليل والكثير عليها، على حين لا يوجب الإمامان مالك وأحمد من الدية على العاقلة إلا ما بلغ الثلث أو زاد عنه. أما أبو حنيفة فيوجب على الجاني تحمل ما دون نصف العشر من الدية، استناداً إلى أن النبي ﷺ قضى بالغرة، وهي نصف العشر، على العاقلة، وقد تمسك الأحناف بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»[94].

ويغلب معنى العقوبة بالدية التي تشبه الغرامة في هذه الأحوال، حتى لا يجب على أحد أن يواسيه فيها، بخلاف هذه الأحوال الأخرى التي تجب فيها الدية على العاقلة، حيث يغلب معنى التعويض والمواساة.

404 ـ وإنما تجب الدية أو جزؤها على العاقلة في جرائم الخطأ وما يشبهها كجنايات الصبي والمجنون، شريطة ألا تثبت الجريمة بإقرار الجاني، وذلك خشية التواطؤ وإلزام الغير بالإقرار على النفس، وهو حجة قاصرة.

والعقل هو المنع، وسميت العاقلة كذلك لأنها تمنع الجاني وتنصره. وتسمى الدية عقلاً لأنها تمنع سفك الدماء، والمعقلة بمعنى الدية كذلك، وجمعها معاقل. أما العاقلة فجمعها عواقل. وكانت تطلق العاقلة أول الأمر على عشيرة الرجل، لأنهم أهل نصرته. قال محمد بن الحسن: (بلغنا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض العقل على أهل الديوان، لأنه أول من وضع الديوان، فجعل فيه العقل. وكان العقل قبل ذلك على عشيرة الرجل في أموالهم، فالعقل على أهل الديوان من المقاتلة)[95]. وعلى الرغم من اختلاف

(94) انظر في ذلك: المهذب: 211/2، وكشاف القناع: 62/6، وحاشية الدسوقي: 282/4، وبدائع الصنائع: 255/7، وإعلاء السنن: 288/18 وما بعدها.

(95) المبسوط أو الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني: 658/4.

الفقهاء في تحديد المقصود بالعاقلة فإنهم يتفقون على أن المناط فيها هو الاشتراك مع الجاني في معنى التناصر.

405 ـ ويفسر الأحناف العاقلة التي يكون بها التناصر تفسيراً يستند إلى مسلك الخليفة الثاني، فجعلوا العقل على أهل الديوان، حيث صارت قوة المرء ونصرته بأهل ديوانه. فإذاً لم يكن للجاني ديوان فإن العقل ينتقل إلى قبيلته من النسب (لأن استنصاره بهم، وإن كان القاتل معتقاً أو مولى الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه، لقوله عليه الصلاة والسلام: مولى القوم منهم. ثم عاقلة المولى الأعلى (أي السيد) قبيلته إذا لم يكن من أهل الديوان فكذا عاقلة مولاه (أي عبده السابق)، ولأن استنصاره بمولاه وقبيلته فكانوا عاقلته. هذا إذا كان للقاتل عاقلة. أما إذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي أو الذمي الذي أسلم فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية)[96].

ويتفق المالكية في الراجح من مذهبهم مع ما أخذ به الأحناف في تفسير العاقلة؛ ففي الشرح الكبير تقديم أهل الديوان، وهو (اسم للدفتر الذي يضبط فيه أسماء الجند وعددهم وعطاؤهم، إذا انتظم وكانت لهم رواتب وكمل عددهم إلى أقل العاقلة، وهو السبعمائة، وإلا فرضت الدية على عصبة القاتل، ممن يستحقون ميراثه بالتعصيب وإن حجبوا. وإن لم يكن للجاني ولا أهل ديوان قدم الموالي الأعلون، وهم المعتقون للجاني إن كان عبدا في السابق، وإلا فرضت في بيت المال. أما إذا كان الجاني غير مسلم فإن أهل دينه يتحملون عنه)[97].

406 ـ وتتألف عاقلة الجاني عند الشافعية من عصبته الذين يرثونه بنسب أو ولاء إذا كانوا ذكوراً مكلفين مع تقديم الأقرب منهم على الأبعد في التحمل كالإرث وولاية النكاح، بحيث ينظر في الأقربين آخر العام فإن وفوا بالواجب لقلته أو لكثرتهم فذاك وإلا اشترك معهم من يليهم. فإذا لم يكن للجاني عصبة تحمل عنه مواليه المعتقون له، وإن لم يكن له مال فرضت الدية على بيت المال[98].

ولا يبعد الحنابلة عن هذا المعنى في فهم العاقلة؛ ففي كشاف القناع أن (عاقلة الجاني ذكراً أو أنثى ذكور عصبته: نسباً، كالآباء والأبناء والإخوة لغير أم والأعمام كذلك، وولاء، كالمعتق وعصبته.. قريبهم وبعيدهم، حاضرهم وغائبهم، صحيحهم ومريضهم، ولو هرماً وزمناً وأعمى)[99]. وتؤخذ الدية أو باقيها إن عجزت العاقلة أو لم تكن للجاني

---

(96) بدائع الصنائع: 256/7، وانظر المبسوط للسرخسي: 124/27 وما بعدها، 111/26.

(97) حاشية الدسوقي: 283/4.

(98) نهاية المحتاج: 353,351/7، والمهذب: 212/2، ومغني المحتاج: 96,95/4.

(99) كشاف القناع ص 61,60/6.

عاقلة من بيت مال المسلمين، لأنهم (يرثون من لا وارث له، فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصابته، فتؤخذ حالة دفعة واحدة، لأنه ﷺ أدى دية الأنصاري دفعة واحدة، وكذا عمر، لأن الدية إنما أجلت على العاقلة ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال. فإن تعذر الأخذ من بيت المال.. فليس على القاتل شيء، لأن الدية تلزم العاقلة ابتداء).

ورأي الأحناف خلافاً لذلك أن الدية واجبة في مال القاتل أصلاً، (لأن الجناية وجدت منه، وإنما الأخذ من العاقلة بطريق التحمل، فإذا لم يكن له عاقلة يرد الأمر فيه إلى حكم الأصل)[1]. وهو الأرجح في المذهب الشافعي، بناء على أن الوجوب على الجاني والتحمل على عاقلته[2]. ولا يخالف المالكية في هذا، ويرون وجوبها على الجاني وانتقالها عنه إلى العاقلة على سبيل المواساة والنصرة، وتلزمه لهذا إذا لم توجد عاقلة[3] أو وجدت ولم تستطع الوفاء بالواجب كله، ولم يكن بيت مال، فحينئذ يلزم الجاني الجميع أو الباقي. أما الحنابلة فقد سبقت الإشارة إلى مذهبهم وأنهم لا يلزمون الجاني بشيء إن تعذر أخذ الواجب من بيت المال والعاقلة، بناء على أن الوجوب والتحمل على العاقلة لا على الجاني. وهو رواية في المذهب الشافعي[4].

407 ـ ولا يتحمل الجاني شيئاً من الدية التي تتحملها العاقلة في مذهب الشافعية وفي رأي عند الحنابلة. ويستند هذا الرأي إلى أن التحمل على العاقلة فلا يجب على الجاني. وقد طردوا هذا الحكم على أصل القاتل وفروعه فلم يوجبوا عليهم الاشتراك مع الجاني بناء على اختلاط أموالهم بماله في الغالب. جاء في المهذب: (أما الأب والجد والابن وابن الابن فلا يعقلون لما روى جابر رضي الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى، ولكل واحدة منهما زوج وولد، فجعل النبي ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها. وإذا ثبت هذا في الولد ثبت في الأب لتساويهما في العصبة، ولأن الدية جعلت على العاقلة إبقاء على القاتل، حتى لا يكثر عليه، فيجحف به، فلو جعلناه على الأب والابن اجحفنا به، لأن مالهما كماله، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل لنفسه، ويستغني عن المسألة بمالها، كما يستغني بمال نفسه)[5]. وقد نص الحنابلة كذلك على استثناء عمودي النسب من الأصول والفروع في تحمل الدية، فلا يجب عليهما شيء عند وجود العاقلة، (لأن مال ولده ووالده كماله)[6]، فلا يتحمل الجاني شيئاً من الدية، كما

---

(1) بدائع الصنائع: 256/7.

(2) مغني المحتاج: 97/4.

(3) نهاية المحتاج: 353/7.

(4) المهذب: 212/2، وانظر هذا المعنى نفسه في مغني المحتاج: 95/4، ونهاية المحتاج: 351/7.

(5) المبدع: 17/9.

(6) بدائع: 255/7، والمبسوط: 126/27، وتبيين الحقائق: 177/6.

يعفي أصوله وفروعه من هذا التحمل.

ويخالف الأحناف في هذا ويوجبون اشتراك القاتل وأصوله وفروعه في التحمل مع العاقلة، لأنهم يتحملونها على سبيل النصرة له والمواساة فلا يستثنىٰ[6]. وهو مذهب المالكية أيضاً، فعندهم (أن الجاني تضرب عليه مطلقاً (أي الدية أو جزؤها)، سواء انتقل من البلد قبل ضربها أو بعده)[7].

ولا يتحمل المجنون والصبي والمرأة والفقير والمدين الذي استغرقت الديون أمواله ولا المخالف للجاني في دينه شيئاً من الدية لا عن نفسه ولا عن غيره، ففي التبيين: (قال أصحابنا رحمهم الله: ليس على النساء والذرية ممن له حظ في الديوان عقل، لقول عمر رضي الله عنه: لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة. . وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية، بخلاف الرجل، لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل، لأنه ينصر نفسه، وهذا لا يوجد منهما، والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة)[8]. وإنما لم تجب على الفقير والغارم، لأنها وجبت للمواساة وطريقها عدم التكلف، كما ورد في الشرح الكبير[9]. ولا تناصر بين المختلفين في الدين، وإن وجد سبب الدخول في العاقلة وهو القرابة أو الولاء. وقد اشترط بعض الفقهاء اتحاد الدار، فلا يدخل المصري بهذا الشرط في عاقلة الشامي، وإن كان من عصبته[10].

408 ـ كيفية الأداء: تكشف كيفية أداء العاقلة لما وجب عليها من الدية، طبقاً لما حدده الفقهاء المسلمون، عن المعنى الذي أنيط به تحميل العاقلة هذا الواجب، وهو مواساة الجاني وضمان الوفاء بحق المجني عليه، من حيث إن الجاني معذور بخطئه، ولا يمكن استبعاد وقوع الخطأ من الناس، ومقدار الدية كبير لا يتيسر لكل أحد الوفاء به، فمست الحاجة إلى اكتشاف نظام العاقلة وتحميلها هذا الواجب. وقد عبر الفقهاء عن هذا المعنى بوضوح كامل، حسبما اتضح من عبارات ابن تيمية السابقة الذكر. ومقالة السرخسي في هذا المعنى: (الخاطىء معذور وعذره لا يعدم حرمة نفس المقتول، ولكن يمنع وجوب العقوبة عليه، فأوجب الشرع الدية صيانة لنفس المقتول عن الهدر، وفي إيجاب الكل على القاتل إجحاف به واستئصال، فيكون بمنزلة العقوبة، وقد سقطت العقوبة عنه للعذر، فضم الشرع إليه العاقلة لدفع معنى العقوبة عنه. وكذلك في شبه العمد باعتبار أن الآلة آلة التأديب، ولم يكن فعله محظوراً محضاً، ولذا لا يجب عليه القصاص فلا يكون جميع الدية

(6) بدائع: 255/7، والمبسوط: 126/27، وتبيين الحقائق: 177/6.
(7) حاشية الدسوقي: 4/ 285.
(8) تبيين الحقائق: 179/6.
(9) حاشية الدسوقي: 284/4.
(10) حاشية الدسوقي: 284/4.

عليه في ماله لدفع معنى العقوبة عنه. ولكن الشرع أوجب الدية ههنا مغلظة ليظهر تأثير معنى العمد، وأوجبها على العاقلة لدفع معنى العقوبة عن القاتل. ثم هذا الفعل لا يحصل إلا بضرب استهانة وقلة مبالاة وتقصير في التحرز، وإنما يكون ذلك بقوة يجدها المرء في نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره وإنما ينصره عاقلته، فضموا إليه في إيجاب الدية عليهم، وإن لم يجب لهذا المعنى، وكل أحد لا يأمن على نفسه، أن يبتلي بمثله، وعند ذلك يحتاج إلى إعانة غيره، فينبغي أن يعين من ابتلى ليعينه غيره إذا ابتلى بمثله، كما هو العادة بين الناس في التعاون والتوادد. فهذا هو صورة أمة متناصرة وجبلة قوم قوامين بالقسط، شهداء لله، متعاونين على البر والتقوى. وبه أمر الله تعالى هذه الأمة)[11].

يظهر لي على وجه اليقين أن تحميل الدية على العاقلة لا يتضمن معنى العقوبة في القصد الأول من شرعه؛ فالقاعدة أن كل نفس بما كسبت رهينة ولا تزر وازرة وزر أخرى. إنما وجبت الدية على العاقلة من باب المواساة للجاني والتخفيف عنه وضمان وصول الحق إلى صاحبه. ويصير القصد الأول من تحميل الدية على العاقلة وشرعها هو جبر الضرر الواقع على المجني عليه. ويتضح ذلك بالنظر إلى التحديد الفقهي لكيفية أداء العاقلة لهذا الواجب، حيث تتسم هذه الكيفية بالخصائص التالية: .

(أ) يعفى الضعاف في العاقلة كالنساء والصبيان والمجانين من المشاركة في تحمل الدية حتى ولو كانوا موسرين. ويعفى من تحملها كذلك الفقراء والغارمون الذين استغرق الدين أموالهم.

(ب) تفرض الدية على الأغنياء من العاقلة مع اتخاذ سبل التخفيف عنهم، بحيث تقسط الدية الكاملة على ثلاث سنوات، ولا يزيد ما يدفعه الواحد منهم في العام عن درهم وثلث الدرهم، بحيث يتراوح مجموع ما يدفعه الفرد بين ثلاثة أو أربعة دراهم. ويختلف ما يدفعه الغني عن المتوسط الغنى؛ ففي المهذب أنه (يجب على المتوسط ربع دينار، لأن المواساة لا تحصل بأقل قليل، ولا يمكن إيجاب الكثير لأن فيه إضراراً بالعاقلة، فقدر أقل ما يؤخذ بربع دينار. . ويجب على الغني نصف دينار، لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغني والمتوسط واحداً، فقدر بنصف دينار لأنه أقل قدر يؤخذ من الغني في الزكاة التي قصد بها المواساة، فيقدر ما يؤخذ من الغني في الدية بذلك لأنه في معناه. ويجب هذا القدر في كل سنة، لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة. ومن أصحابنا من قال: يجب ذلك القدر في الثلاث سنين، لأنه لو أوجبنا هذا القدر في كل سنة أجحف به. ويعتبر حاله في الفقر والغنى عند حلول النجم (القسط) لأنه حق مالي يتعلق بالحول على سبيل المواساة فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول

(11) المبسوط للسرخسي: 125/27.

كالزكاة)[12]. ويقدر الكاساني الواجب على الفرد من العاقلة في الدية في السنوات الثلاث بين ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم[13]، ومعناه أنه (لا يؤخذ في كل سنة من كل واحد منهم إلا درهم أو درهم وثلث)[14]، ويضم لهم الأقرب إليهم من أهل الديوان حتى لا يزاد عن هذا القدر.

(جـ) يقارن إيجاب الدية على العاقلة بالمعنى الذي وجبت به، وهو المواساة عند الحاجة بشرعية الزكاة والصدقة والنفقة على الأقارب، وتقاس أحكامها على أحكام هذه الأبواب مما يباعد بينها وبين الغرامة أو العقوبة.

409 ـ لهذا كله لا أجد مبرراً لخلق هذه المشكلة المصطنعة التي تواردت الكتب الفقهية المتعاقبة على حلها. وتتبدى هذه المشكلة في البحث عن مسوغ شرعي يبرر إلقاء الدية على العاقلة ومحاسبتها عما اقترفه الجاني، خصوصاً وأن القاعدة الشرعية تقضي بأنه لا يسأل أحد عن جريرة غيره. وأحسب أن الفقهاء قد أجابوا عن هذا السؤال عرضاً بأفضل من إجابتهم عنه قصداً. أما الإجابة التي وردت في معرض كلامهم فخلاصتها أن الدية وجبت على العاقلة على سبيل المواساة والإرفاق والمعونة، مما يعهد من مسلك الشارع في جنس إيجاب النفقة للأقارب والصدقة للفقراء والزكاة والوقف. وأما الإجابة التي وردت قصداً فترشدنا إلى أن الجاني قد ارتكب جنايته مستندا إلى حماية عشيرته ونصرتها له، كما أنها لم تضرب على يديه عند ارتكابها، ولم تهذب خلقه بما يمنعه عنها، فكأنها شريكته في فعل ما فعل، فناسب أن تتحمل معه ما وجب بفعله.

ولا يخلو هذا التبرير من تكلف، كما أنه يقصر عن تفسير إدخال بيت المال مع العاقلة التي لا يفي عددها أو طاقتها المالية بأداء الواجب. والحاصل حسبما سبقت الإشارة إليه في التمهيد أن الدية والأروش كالغرامات المالية في إتلاف الأموال والمنافع من الجوابر التي قصد بها العمل على رفع الضرر وتعويض المتضرر بالقصد الأول، وإن تضمنت العقوبة والعمل على منع المعتدي وزجره فبالقصد الثاني.

410 ـ العاقلة في السياق الحديث: يوضح التفسير السابق لنظام العاقلة أهمية هذا النظام في نقل الضرر وتوزيعه على عدد كبير من المواطنين يتحملونه، بدلاً من تركه يستقر حيث وقع ويتحمله المتضرر وحده أو نقله إلى الجاني يتحمل تكلفته. وإنما يبرر شرع هذا النظام من الناحية الخلقية، بتعبير الفقهاء المسلمين، أن الخطأ لا ينفك عن السلوك الإنساني، ولا يمكن الإقلاع عنه بالعقوبة أو بمضاعفة الغرم ورفع التكلفة أو باتخاذ أي

(12) المهذب: 213/2.

(13) البدائع: 256/7.

(14) المبسوط: 129/27.

إجراء آخر. ويظهر لي أن قانون الضمان الشرعي لم يتخذ القضاء على الخطأ الإنساني هدفا له، فهذا غير ممكن، وإنما سعى بدلاً من ذلك إلى الممكن وهو العمل على جبر الأضرار المالية أو البدنية. ومن ينظر إلى حوادث السيارات ووسائل النقل الأخرى يتضح له حكمة القصد في الشرع والفقه إلى رفع الضرر بدلاً من القضاء عليه. وقد اختار الفقهاء هدفهم بعناية على ضوء ذلك فيما تبرزه قاعدة (رفع الضرر) الفقهية ودفعه، ولم يعلنوا أبداً عن رغبتهم في إنهاء الخطأ والزجر عنه. ويكشف تقرير لجنة Pearson، 1977 م، أن عدد الإصابات البدنية قد بلغ ثلاثة ملايين مصاب في بريطانيا في العام الواحد، مما يدل على ضخامة هذه المشكلة في سياقات الحياة الحديثة من جهة، وعلى وجوب اختبار سلامة الحلول الفقهية في هذه السياقات من جهة أخرى.

411 ـ لقد أشرت فيما سبق إلى تمييز الشريعة بين الإصابات المالية وبين الإصابات البدنية في تحميل التعويض وإلقائه على الطرف الذي يستطيع تحمله، دون عناء شديد، فالضرر لا يزال بضرر مثله فيما تقضي به القاعدة الفقهية. أما من حيث المسئولية فلا خلاف في إلقائها على المتعدي، في الإصابات البدنية وفي الاضرار المالية على السواء. وأما الواجب في الأضرار المالية فيتحمله المعتدي، على حين ينتقل الواجب في الإصابات البدنية إلى العاقلة.

وإذ تبلغ الإصابات البدنية هذا العدد الضخم في ظروف وسائل المواصلات الحديثة وشيوع استخدامها فمن الواجب صياغة نظام العاقلة صياغة تيسر تحقيق مقصد الشارع في تعويض المصابين حتى (لا يطل دم في الإسلام)، ولا يذهب دون جبر له. والصيغ المحتملة الموازية للصيغ الفقهية على النحو التالي:

1 ـ القبائل والعشائر التي يبلغ عدد الرجال القادرين على الإسهام في دفع الدية ما يقرب من ألف. وما يزال النظام القبلي قائماً في عدد من المناطق في البلاد الإسلامية فيتحمل الأعباء التي كان يقوم بها في الماضي ما دام قادراً عليها.

2 ـ دواوين الوزارات والهيئات والمؤسسات التي ينتمي إليها الجاني، كوزارة العدل والدفاع والتعليم، ووزارة الداخلية، أو المجالس المحلية أو البلديات، أو غير ذلك مما يمكن أن يتكون في داخله نظام يشبه العاقلة ويتحمل ما يجب على الأفراد من ديات وأروش. وتقابل هذه المؤسسات الحديثة التنظيم الذي أدخله الخليفة الثاني في الدولة الإسلامية، وأخضع نظام العاقلة لمتقضاه.

3 ـ إقامة مؤسسات شرعية تهدف إلى تعويض المصابين عن إصاباتهم في الأحوال التي لا يعرف فيها الجاني، وخاصة في حوادث السيارات التي يفر قائدوها، أو حينما لا

تكون للجاني عاقلة. ويتم تمويل تكلفة هذه التعويضات بطريق من الطريقين التاليين أو بهما معاً، وهما:

(أ) تطوع أغنياء المسلمين والقادرين منهم. وفي وسع المصارف الإسلامية أن تقود هذا العمل وأن تدعو القادرين إلى الإسهام فيه وأن تقتطع جزءاً من حصيلة زكاة الأموال المودعة لديها، لمعاونة الجاني الذي لا يجد ما يؤدي الواجب عليه، باعتباره فقيراً لا يجد ما يكفي حاجته.

(ب) اشتراك المنتفعين بالمشروع أنفسهم في تحمل اعبائه، بحيث يدفعون أقساطاً شهرية أو سنوية أو موسمية، تبعاً لظروفهم الخاصة، وينفق في حصيلة هذه الأقساط في ديات الإصابات التي يجنيها أحد المشتركين. ويجوز استثمار أموال هذا المشروع لمصلحة المنتفعين به، طبقاً لنظام التأمين التعاوني الجائز من الوجهة الشرعية. وتستطيع المصارف الإسلامية قيادة مثل هذه المشروعات التي تحقق لها الكثير فيما يتعلق بتجميع الأموال وعقد الصلات مع المشتركين وإقامة نظام يسهم في تخفيف الأعباء عن المتضررين الذين لا يبالي بهم أحد. وليس تفصيل أبعاد مثل هذا المشروع من أهداف هذا البحث.

4 - إنشاء قسم خاص في بيت المال (الخزانة العامة) لتمويل نفقات تعويض المصابين وذويهم وفق الأحكام الشرعية للعاقلة، حتى تعود لبيت المال وظيفة من وظائفه التي كان يقوم بها في المجتمع الإسلامي. وقد أشرت من قبل إلى اهتمام الدول الحديثة بالعمل على تعويض المصابين في أبدانهم عن الخسائر التي وقعت لهم. ومن هذه الدول نيوزيلندا واستراليا وكندا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية. ويجب على البلاد الإسلامية أن تعمل على رفع شعار (لا يطل دم)، وعلى توزيع الضرر على المجتمع بأسره في هذا النوع من الإصابات التي لا يستطيع الفرد وحده أن يتحمل نتائجها. وسأعرض أحوال تحمل بيت المال الدية فيما يلي. ومن الواضح أن الأخذ بهذه الصيغ أو بعضها والأخذ بنظام العاقلة سوف ييسر للمجتمع الإسلامي علاج مشكلة من مشاكله الآخذة في الازدياد.

412 - تحميل الدية على بيت المال: يتحمل بيت المال الدية كلها أو جزءها في الأحوال التالية:

أولاً: في الاعتداء غير الموجب للقصاص إذا لم يكن للجاني مال يفي بالدية أو ببعضها فتجب كلها أو ما بقي منها في بيت المال، حتى لا يطل دم في الإسلام.

ثانياً: في أحوال وجوب الدية على العاقلة إذا لم تكن للجاني عاقلة فيتحمل بيت المال، لأنه هو العاقلة عند عدمها وللسبب السابق أيضاً.

ثالثاً: الحالات التي لا يعرف فيها الجاني، حتى لا يطل دم في الإسلام كذلك.

رابعا: أخطاء القضاة والموظفين والرسميين في ظروف أدائهم لأعمالهم المنوطة بهم.
ولا تفرض الديات والأروش الواجبة بهذه الأخطاء على عواقلهم وإن وجدت، للقاعدة الفقهية القاضية بأن (خطأ القاضي والإمام في بيت المال). ومفاد هذه القاعدة أن ما يجب على القاضي من الضمان بخطئه في قضائه واجب في بيت المال، لا في ماله هو، حتى لا يمتنع الناس عن تولي الوظائف العامة في المجتمع الاسلامي[15]. من ذلك أنه لو ادعى رجل على آخر قتل قريبه عمداً، وشهد الشهود، فقضى عليه القاضي بالقصاص، وأقيم عليه، ثم ظهر فسق الشهود وتقصير القاضي في التحري عنهم فإن القاضي يعد مسئولاً عن خطئه، وتجب الدية عليه في بيت المال. ومنه أيضاً لو شهد الشهود بالزنا على رجل وهو محصن فأقيم عليه حد الرجم، ثم تبين أن الشهود عبيد، وأنه قصر في معرفتهم فيضمن القاضي الدية في بيت المال المسلمين[16].

وإنما يشترط لإيجاب الضمان على القاضي في بيت المال الشروط التالية:
أولها: ألا يثبت تعمد القاضي، وإلا وجب عليه الضمان في ماله هو.
والثاني: ألا يكون هناك من يصلح لتولي الضمان على القاضي ممن ينسب خطأ القاضي له.
والثالث: أن يحدث الخطأ في سياق أداء القاضي لوظيفته.

يدل على التفريق بين عمد القضاة وخطئهم قول البغدادي: (القاضي إذا أخطأ في قضائه كان خطؤه على المقضي له، وإن تعمد بجور كان ذلك عليه)[17]. والمقضي له أي الذي ينوب عنه القاضي في القضاء هو مجموع الأمة. وفيما يلي توضيحه.

413 ـ خطأ القاضي والحاكم في بيت المال: يوجب القرافي المالكي على شهود الزور أو الجهلة ضمان (ما أتلفوه بشهادتهم. ولا ينقض الحكم، ولا يضمن الحاكم شيئاً مع أنه المباشر والشاهد متسبب. غير أن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم الحكام فكان الشاهد بالضمان أولى، لأنه متسبب للحاكم في الإلزام والتنفيذ. وكما قيل الحاكم أسير الشاهد)[18].

وفي المعنى نفسه يقول العز بن عبد السلام: (الإمام والحاكم إذا أتلفا شيئاً من النفوس والأموال في تصرفهما للمصالح فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام

(15) المدخل الفقهي العام للزرقا، الطبعة السادسة 1378 هـ: 1071/2.
(16) انظر المدخل الفقهي للدكتور أحمد الحجي الكردي: ص 155، وابن عابدين: 34,33/4.
(17) مجمع الضمانات: ص 364.
(18) الفروق للقرافي: 208/2.

ودون عواقلهما على قول الشافعي، لأنهما لما تصرفا للمسلمين صار كأن المسلمين هم المتلفون، ولأن ذلك يكثر في حقهما فيتضرران به ويتضرر عواقلهما)[19]. ويرشد هذا النص إلى وجوب تحمل بيت المال ما يجب على القضاة والحكام من غرامات في إتلاف الأموال والأبدان، إذا وجبت عليهم هذه الغرامات بسبب أدائهم للوظائف التي أنيطت بهم. ويلتحق بذلك سائر الموظفين الذين تعينهم الدولة لتدبير مصالح المسلمين، فإن ما يغرمونه بأدائهم لهذه المصالح يفرض على من ينوبون عنهم، لأنهم هم المنتفعون بعملهم، فيتحملون عنهم، طبقاً لمبدأ (الغرم بالغنم). وهو من أقوى الشواهد على معرفة الفقه الإسلامي بمسئولية المتبوع عن تابعه. ولا يشترط إلا أن يكون عمل التابع لمنفعة المتبوع، وأن يحدث الخطأ وقت أداء هذا العمل. ويشهد لمبدأ مسئولية المتبوع Vicarious Liability ما ذكره ابن عبد السلام في مسألة ما يتلفه العبد، حيث نص على وقوع الضمان على السيد، وسيأتي بحث ذلك بشيء من التفصيل في مناسبته.

ولا يذكر العز سوى الرأي الراجح في المذهب الشافعي في المسألة، فإن الشيرازي يذكر فيها قولاً آخر، مفاده وجوب الدية على عاقلة القاضي كغيره. يقول: (وما يجب بخطأ الإمام من الدية بالقتل ففيه قولان: أحدهما يجب على عاقلته، لما روي أن عمر رضي الله عنه قال لعلي رضي الله عنه في جنين المرأة التي بعث إليها: عزمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك. والثاني يجب في بيت المال، لأن الخطأ يكثر في أحكامه واجتهاده. فلو أوجبنا ما يجب بخطئه على عاقلته أجحفنا بهم. فإذا قلنا إنه يجب على عاقلته وجبت الكفارة في ماله كغير الإمام، وإذا قلنا إنها تجب في بيت المال ففي الكفارة وجهان: أحدهما: أنها تجب في ماله، لأنها لا تتحمل، والثاني: أنها تجب في بيت المال لأنه يكثر خطؤه، فلو أوجبنا في مال أجحف به) [20].

وفي المذهب الحنبلي رأيان في المسألة، أرجحهما أنه في بيت المال: يقول ابن مفلح: (وخطأ الإمام والحاكم في أحكامه في بيت المال.. لأن خطأه يكثر فيجحف، ولأنه نائب عن الله، فكان أرش جنايته في مال الله كخطأ وكيل.. وعنه (أحمد) على عاقلته... لقول علي لعمر: ديته عليك لأنك أفزعتها، ولأنه جانٍ فكان خطؤه على العاقلة كغيره، وكخطئهما في غير حكم. وكذا الخلاف إن زادا سوطاً كخطأ في حد أو تعزير، أو جهلا حملا، أو بان من حكم بشهادته غير أهل)[21].

وترشد هذه النصوص إلى المعاني التالية:

---

(19) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: 195/2.

(20) المهذب للشيرازي: 212/2.

(21) المبدع: 18/9، وانظر هذا المعنى نفسه في كشاف القناع: 60/6.

1 ـ خطأ القاضي والحاكم في بيت المال. وكذا من يلتحق بهما من الموظفين العموميين.

2 ـ يدخل هذا الضمان فيما يعرف في الاصطلاح القانوني بمسئولية المتبوع عن تابعه.

3 ـ تدل النصوص والآثار على أن هذا المبدأ لم يكن معروفاً في عهد عمر رضي الله عنه وأنه إنما ظهر في الفقه الإسلامي بعد ذلك.

4 ـ كان عدم ظهوره منذ الصدر الأول سبباً للخلاف الفقهي حوله.

388 ـ الأضرار المالية المتعلقة بالإصابة: كثيراً ما يضطر المصاب إلى الإنفاق في التمريض والتطبيب وشراء الأدوية وإجراء الجراحات ونفقات النقل والمواصلات والإقامة في المستشفى وغير ذلك مما يرجع إلى الإصابة. فهل يعد المتعدي مسئولا عن هذه النفقات في ماله أو أن العاقلة هي التي تتحملها؟.

الإجابة عن هذا السؤال فيما يلي:

أولاً: نفقات العلاج والتطبيب وأجرة الطبيب والممرض والمستشفى والأدوية مضمونة على المتعدي، لأنها من نتيجة فعله وترجع إليه فيضمنها. وقد سبقت الإشارة إلى مذهب أبي يوسف أو محمد بن الحسن في مناسبة الخلاف بينهما حول أرش الألم. ويدل عموم نفقة التطبيب على دخول هذه التكاليف بها. غير أن من الواجب البحث عن ضابط يحكم ما يدخل من نفقات التطبيب مما يطالب به المصاب وما لا يدخل وإلا وقع الظلم على المعتدي إذا حملناه كل ما يطلبه المتضرر، أو يقع على المتضرر إذا منعناه كل ما تحمله، خاصة وأن تكاليف العلاج قد ارتفعت في عصرنا هذا ارتفاعاً كبيراً.

ويظهر لي أن الضابط الذي يجب الاستناد إليه للحكم في النفقات التي يطالب بها المتضرر هو المعتاد المألوف بين الناس أو العرف، فالقاعدة الفقهية أن العادة محكمة، وأن المعتاد المعروف بين الناس كالنص أو الشرط. وللمصاب لهذا أن يترك العلاج في المستشفيات الحكومية ويطلب العلاج في المستشفيات الخاصة، ولا يعد مجاوزاً للمعتاد بذلك، وتحسب نفقات هذا العلاج على المعتدي. ولو اضطر أحد أقارب المصاب إلى ترك عمله كي يرافقه فإن على المتعدي نفقة هذا القريب إذا كان المعتاد هو إثابة مثل هذا القريب عن تركه عمله. أما لو اضطرت الأم إلى ترك عملها لمصاحبة طفلها المصاب أثناء وجوده في المستشفى فإن المألوف أن الأم لا تأخذ عوضاً عن هذه الرُّفقة، ولا يحسب لها أجر على المتعدي لهذا. وقد اضطربت أحكام القضاء الإنجليزي في تعويض مرافق المصاب، فلم تجد المحكمة عام 1938 صعوبة في الحكم في قضية Roach V.Yates والحكم

بإيجاب التعويض للمرافق عما فات من منفعة عمله. أما في قضية Donnelly v. Joyce التي نظرتها محكمة الاستئناف عام 1974، والتي طالب فيها المدعي، وهو طفل صغير، بإثابة أمه عن الفترة التي اضطرت فيها لترك عملها لملازمته بالمستشفى، فقد دفع المدعي عليه هذا الطلب بأن المدعي لا يجب عليه قانوناً أن يثيب أمه عن تمريضها له وملازمتها إياه فترة بقائه في المستشفى. وقد ساد اشتراط وجوب أجرة المرافق على المدعي قانوناً ليحق له المطالبة باسترجاعها من المعتدي، وكان الحل الميسر لتجنب آثار هذا الشرط أن يعقد المصاب عقداً مع مرافقه بأجرة معينة نظير الرفقة حتى يتسنى له طلب استردادها[22].

ثانياً: ما فات من منافع المصاب أثناء علاجه على الخلاف بين الفقهاء في ضمان المنافع بوجه عام. ويترجح بلا أدنى تردد الاتجاه إلى ضمان المنافع مطلقا، سواء كانت منفعة عمل إنساني أو منفعة شيء من الأشياء. ويظهر لي أن منفعة الإنسان أولى بالاعتبار من منفعة الأشياء حسبما سبق توضيحه في مناسبته من هذا البحث. وطبقا لما ترجح في هذا الموضع فإن منفعة المصاب الفائتة مما يدخل في تقدير حساب الواجب له على المتعدي، لأن هذا الفوات من نتيجة عمله فيتحمله، طبقاً للقواعد العامة للمسئولية.

ثالثاً: لا يتداخل حساب الواجب من الديات والأروش مع الواجب في حساب نفقات العلاج وأعواض المنافع الفائتة، لوجوب كل منها بسبب مستقل؛ إذ تجب الديات والأروش في مقابل إتلاف النفس الإنسانية جزئياً أو كلياً، على حين تجب هذه النفقات والأعواض في مقابلة ما تلف من أموال.

رابعاً: تتحمل العاقلة في التقدير الفقهي الواجب في مقابلة التلف الحادث للنفس الإنسانية بالقتل أو الجرح أو الشج، على حين يتحمل الجاني في ماله التلف المتعلق بالأموال.

والحاصل لهذا أن على العاقلة من التعويض ما يقابل فوات النفس كلًا أو جزءاً، وعلى الجاني ما يتعلق بتلف الأموال، منافع وأعياناً.

المبحث السادس: إيذاء المسلم في سمعته

414 ـ حكم الإيذاء في السمعة: أمرت النصوص الشرعية باجتناب إيذاء المسلم في شرفه أو سمعته أو إحساسه، ابتداء من مجرد التنابز بالألقاب والسخرية أو التعيير بلون الأبوين إلى الرمي بالزنا أو نفي النسب، ففي سورة الحجرات يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى

(22) Dias and Markesinis on Tort Law, P. 407.

أن يكن خيراً منهن ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب، بئس الاثم الفسوق بعد الإيمان، ومن لم يتب فأولئك هم الظالمون. يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً، أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فكرهتموه واتقوا الله إن الله تواب رحيم﴾ (الحجرات: 11-12). وفي سورة النور النهي عن رمي أحد بما ينال من عفته مع بيان العقوبة على هذه الجريمة. يقول تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون. إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم﴾ (النور: 4-5). وقد سبقت الإشارة إلى تعريف السنة للمسلم بأنه هو من سلم المسلمون من لسانه ويده، وإلى ما تضمنته خطبة الوداع من الحث على عدم إيذاء المسلم في أي حق من حقوقه: الدم والعرض والمال. وبلفظ آخر فإن كل المسلم على المسلم حرام. ومن جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء على اعتبار هذه المعاني، ورتبوا أحكامهم على ملاحظة المقاصد الخمسة للشريعة، وهي حفظ الدين والنفس والعرض والعقل والمال، لتحصيلها ودفع ما يفوتها مطلقاً أو نسبياً، فيما يفيده تقسيم هذه المقاصد إلى ضرورات وحاجات وتحسينات.

415 ـ غير أن الفقهاء قد اهتموا على وجه الخصوص فيما يتعلق بحفظ العرض ـ بتفصيل أحكام الرمي بالزنا، دون أن يتناولوا الرمي بغير الزنا من الجرائم الأخرى مما يؤثر على سمعة المرء وينال من كرامته إلا على نحو مجمل في صدر مباحث التعزير، فاختلت جوانب الصورة التي قدموها، وبدا الفقه الإسلامي بمظهر الإفراط في التفصيل في أحكام الرمي بالزنا وبالإلغاز في بيان أحكام الرمي بغيره وكأنه يهتم بمنع الجريمة الأولى أكثر مما يهتم بألوان الجرائم الأخرى التي تشين الفرد في مجتمعه وتؤثر على سمعته وتحيل حياته جحيماً لا يطاق. أما مسلك النصوص الشرعية في الحفاظ على العرض فيتسم بالعموم في تحريم كل ما ينال من شرف المسلم وكرامته. وإذ تضمنت سورة النور النص على تحريم القذف بالزنا والعقوبة عليه فقد تناولت سورة الحجرات الإشارة إلى ما يتعلق بألوان التعديات الأخرى التي تمس العرض، كالسخرية واللمز والتنابز بالألقاب والتجسس والغيبة. ووظيفة الفقيه فيما يظهر لي أن يعكف على استنباط الأحكام العملية التي تيسر تحقيق عمومات الشريعة ومقاصدها وتمكن لتطبيقها والالتزام بها بين الناس. وسأجتهد في إعادة توضيح الصورة العامة للتعديات على العرض والشرف والسمعة على نحو يكفل التوازن بين نوعي هذه التعديات، وهما:

1 ـ الرمي بالزنا.

2 ـ الرمي بغيره مما يؤثر في سمعة المرء ويحط من كبريائه وكرامته.

416 ـ القذف والسب والشتم: يستظهر المرحوم عبد القادر عودة من تتبع أقوال الفقهاء وأمثلتهم (في أبواب الزنا والقذف والتعزير أنهم يعتبرون القول قذفاً كلما رمى

القاذف المجني عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها، كالرمي بالزنا والرشوة. ويعتبرون القول سباً إذا كان ما رمي به المجني عليه ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة، كمن قال لآخر يا كلب، يا حمار، أو قال لبصير يا أعمى. فرمي الإنسان بأنه كلب أو حمار ورمي البصير بأنه أعمى هو قول ظاهر الكذب ولا يقبل بداهة إثبات صحته)[23].

وتوجب الشريعة العقوبة الحدية في الرمي بالزنا إذا توافرت شروط هذه العقوبة. وهذا هو القذف الذي عرفه الأحناف بأنه: (الرمي بالزنا)[24]، والمالكية بأنه: (نسبة آدمي غيره لزنا، أو قطع نسب مسلم[25]، والشافعية بأنه هو: قذف العاقل البالغ المختار محصناً بوطء يوجب الحد[26]، كما عرفه الحنابلة بأنه رمي بزنا أو لواط أو شهادة بأحدهما عليه ولم تكتمل البينة[27]. وقد شددت الشريعة النكير في هذه الجريمة وأوجبت الحد، زجراً لفاعلها ومنعا من ارتكابه إياها. ولا يجوز استبدال التعويض بهذه العقوبة أو الجبر بالزجر لأنه لا تبديل في العقوبة الحدية.

أما إذا لم يجب الحد لفوات شرط من شروطه في الرمي بالزنا أو كان الرمي بغيره مما يحتمل الصدق والكذب ففيه التعزير. وفي البدائع وجوب التعزير (بارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع، سواء كانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد، بأن آذى مسلماً بغير حق بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب، بأن قال له يا خبيث، يا فاسق، يا فاجر، يا كافر، يا آكل الربا، يا شارب الخمر ونحو ذلك. فإن قال له: يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور، ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير، لأن في النوع الأول إنما وجب التعزير لأنه ألحق العار بالمقذوف، إذ الناس بين مصدق ومكذب، فعزر دفعاً للعار عنه. والقاذف في النوع الثاني ألحق العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب إليه، لا إلى المقذوف)[28].

ويستلخص مما سبق الأمور التالية: .

1 ـ القذف هو الرمي بالزنا أو غيره مما يحتمل الصدق والكذب، على حين أن السب أو الشتم هو الرمي بما لا يحتمل الصدق.

(23) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي: 455/2.

(24) فتح القدير: 190/4، وحاشية ابن عابدين: 182/3.

(25) حاشية الدسوقي: 299/4.

(26) المهذب: 272/2.

(27) كشاف القناع: 104/6.

(28) البدائع: 63/7.

2 ـ القذف بالزنا يوجب العقوبة الحدية إذا كان القاذف عاقلاً بالغاً مختاراً وليس أصلاً للمقذوف، وكان المقذوف بالغاً عاقلاً محصناً، ولم يمنع من هذا الوجوب مانع. ولا يجوز إبدال هذه العقوبة ولا الصلح عنها، لأنها حد.

3 ـ إذا لم تجب العقوبة الحدية، وكان الرمي بغير الزنا مما يحتمل الصدق والكذب كان الواجب هو العقوبة التعزيرية.

4 ـ أما إذا لم تجب هذه العقوبة الحدية. وكان الرمي بأمر لا يحتمل الصدق فلا تجب العقوبة التعزيرية فيما ذكره الكاساني، لأن الجاني قد حط من شأن نفسه ولم يحط من شأن المشتوم الذي وجه إليه كلامه. لكن ذهب بعض فقهاء الأحناف إلى تعزير من ينسب غيره لما لا يحتمل الصدق، كقوله له: يا كلب. وفي المبسوط أنه (حكى عن الهندواني أنه قال: يعزر في عرف ديارنا، لأن هذا اللفظ فينا يذكر للشتيمة)[29]. والمدار فيه إذن على العرف.

417 ـ التعزير بالسب: على الرغم من استحسان بعض الفقهاء تحديد العقوبة التعزيرية بالنظر إلى العقوبة الحدية إن كان الحد واجباً في جنس الجناية فإن الأصل أن يترك الأمر للقاضي في اختيار نوع العقوبة المناسبة للجناية وظروف ارتكابها. ولما كان التعزير بأخذ المال جائزاً في الشريعة، حسبما سبق الاستدلال عليه، فإنه يجوز للقاضي أن يفرض على المتعدي الغرامة المالية ويعطيها للمعتدى عليه. ويتعين هذا الجواز إذا لحقت بالمعتدى عليه خسارة مادية في حرفته أو عمله، طبقاً لمبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة الذي نص عليه فقهاء الأحناف. ولعل في أرش الألم الذي نص عليه فقهاء الأحناف وفقهاء الزيدية ما يؤيد هذا الجواز كذلك.

والضابط أن كل ما يؤذي المسلم من الأقوال أو الأفعال موجب للتعزير الذي يحتمل أن يكون بفرض المال. وقيل بأن العقوبة في التعزير بأخذ المال كانت في ابتداء الإسلام ثم نسخت[30]. لكن لا حجة على مثل هذه الدعوى. وقد ذكر ابن عابدين هذا الضابط بلفظ: (كل من ارتكب منكراً أو آذى مسلماً بغير حق بقول أو فعل أو إشارة يلزمه التعزير)[31]، فالعبرة بالإيذاء لا بظهور الكذب، أو احتماله، فإن الشتم بهذه الألفاظ لا يقصد بها نسبة المشتوم إلى حقيقة ما تدل عليه، وإنما النظر إلى ما فيها من الأذى من كل ما يبعث على الإحساس بالعار ويلحق الشين في العرف. ويعد من السب الموجب للتعزير

---

(29) المبسوط: 120/9، وابن عابدين: 203/3.

(30) حاشية ابن عابدين: 196/3.

(31) السابق: 203/3.

بهذا المعنى الرمي بكل ما يصيب الغير في سمعته ويثير الاحتقار والاستهجان، سواء قصد المتعدي إلحاق هذه المعاني بالمشتوم أم لا، وإنما المهم أن تثير في مألوف الناس وأعرافهم هذه المعاني. وقد جاء في خاشية ابن عابدين أن الشتم على وجه المزاح يوجب التعزير.

418 ـ والتفريع على ذلك أن يعد سباً نسبة المرء (إلى فعل اختياري محرم شرعا ويعد عارا عرفا.. وإلا لا)[32]، كيا سارق ويا ضحكة بسكون الحاء، ويا سخرة ويا ساحر ويا مقامر من كل ما كان يلحق الشين في الأعراف السائدة وقت النظر الفقهي. ويثير ضابط الرجوع إلى العرف نوعاً من الغموض في تطبيق هذا الضابط في الظروف الاجتماعية المختلفة. فهل المقصود هو العرف العام أو عرف المتخاطبين الخاص ببيئتهما؟ فمن يشيع عن أحد أنه جاسوس للشرطة على زملائه قد يسيء إلى علاقاته بهؤلاء الزملاء، لكنه قد يرقى في أذهان الكثيرين إلى مصاف المدافعين عن سيادة القانون، خاصة إذا كان هؤلاء الزملاء منحرفين أو متورطين في أعمال غير قانونية. وتتمثل الصعوبة في أننا إذا التفتنا إلى العرف العام، وهو الأجدر بالاتباع، أهملنا اعتبار الآلام التي يعانيها الشخص المنسوب إلى هذا الفعل. ومن المحتمل أن يهابه الناس فينصرفون عنه ويرفضون العمل معه أو استئجاره، فتوقعه هذه الإشاعة في حرج شديد وتؤذيه في رزقه وعمله. ويترجح لي أن يترك التعارض بين الأعراف للقاضي في الترجيح بينهما وتغليب أحدهما على أساس أن العبرة بلحوق الشين والعار والإيذاء.

419 ـ صور مختلفة للسب: لا تشترط صورة معينة للسب لقيام المسئولية عنه فالعبرة بالإيذاء والعار، فيجري السب بالتلفظ والكتابة في الصحف والمجلات وبالنشر في الإذاعات المرئية والمسموعة بالتسجيل في شرائط صوتية أو مرئية. ولا يخفى تأثير هذه الوسائل على عقول الناس وعواطفهم، مما يؤدي إلى إشاعة مادة السب وترويجها بين عدد كبير وزيادة إحساس المتضرر بها لهذا. وليست العبرة بالصورة والتركيب بل بالتأثير والنتيجة ويشبه الرسم والصورة الألفاظ في إلحاق الشين والعار بالمشتوم فتأخذ حكمها، لأن العبرة بالأثر طبقاً لما نص عليه الفقهاء.

ولا تشترط المباشرة أو التصريح؛ بل يجري التعريض مجراه. وقد نص الفقهاء على اعتبار التعريض في القذف، ففي كشاف القناع أن من قال لامرأة (فضحت زوجك أو نكست رأسه وجعلت له قروناً.. أو يقول لمن يخاصمه: يا حلال ابن الحلال.. وما أنت زان.. أو يا فاجرة أو يا خبيثة.. أو أخبرني أو أشهدني فلان أنك زنيت وكذبه فلان.. فهذه الألفاظ كناية لاحتمالها غير الزنا، إن فسره بالزنا فهو قذف، لأنه أقر على نفسه بما هو

(32) السابق: 203/3.

الأغلظ عليه وإن فسره بما يحتمل غير القذف، لأنه يحتمل غير الزنا. . مع يمينه. وفي الترغيب هو قذف بنيته. . وعزر)[33] وجمهور الفقهاء على منع حد القذف بالتعريض لامتناعه مع قيام الشبهة، وإن وجب التعزير لمعنى الإيذاء والفحش وإلحاق الشين والعار.

420 ـ أركان السب الموجب للتعزير: يوجب السب التعزير فيما يظهر لي من تتبع أمثلة الفقهاء باستجماع الأركان التالية:

الأول: أن تتضمن المواد المستخدمة أوصافاً تؤثر في تقدير الغير للموصوف وتلحق به الشين والعار كرمي شخص بأنه خبيث أو فاسق أو سفاح أو مرتش أو خائن، فلا شك في أن الرمي بهذه الأوصاف يلحق الشين بالموصوف ويؤذيه في سمعته. ويقاس على ما ذكره الفقهاء من أمثلة رمي أحد بعدم الأمانة أو خفة الوزن في مجال تخصصه أو عدم الخبرة في علمه. والضابط أن تؤدي هذه الأوصاف في أعراف الناس وفق ما تقدم في تحديد هذه الأعراف إلى الإساءة والأذى. ولذا فإن وصف أحد المحامين بالتجارة في مصائب الناس ونزاعاتهم يختلف عن رمي أحد القضاة بهذا الوصف الذي يلحق الشين بالثاني دون الأول. وكذلك فإن الحديث عن أحد معتادي جرائم الرشوة بأنه يأكل أموال الناس بالباطل خلاف رمى موظف عفيف بهذا الوصف. وفي أحد أفلام (راسبوتين) صورت الشركة المنتجة للفيلم أميرة روسية أغراها هذا الرجل وعبث بشرفها، فرفعت هذه الأميرة دعوى ضد الشركة تطالبها بالتعويض على أساس أن هذا التصوير يحط من شأنها ويلحق العار بها فاستجابت المحكمة لهذا الطلب وألقت بالمسئولية على الشركة[34].

وللكنايات والإيحاءات innuendoes أثرها في تحقيق النتائج التي قد لا تلحق بها التصريحات أحياناً. فقد يلجأ أحد الصحفيين إلى نشر أخبار تفيد انتقال شرطة الآداب إلى بيت سيدة للتحقيق معها، أو استدعاء هذه السيدة إلى مكتب رئيس هذه الشرطة، مغفلاً الحقيقة وهي أن الأمر كان متعلقاً بسؤالها عن سلوك خادمتها على سبيل المثال، مما يؤدي إلى إثارة الشكوك حول مسلك هذه السيدة. وإذا كان عرف المهنة لا يجيز سلوك الصحفي على هذا النحو فإن الشكوك التي ثارت حول السيدة راجعة في العرف إلى الإيحاءات والمعاني الثانوية التي يدل عليها كلامه. وقد ينازع في هذا الاستنتاج على أساس أن القراء في عمومهم لا يبادرون إلى اتهام من يذهب لقسم الشرطة للتحقيق معه في أمر من الأمور، والذي يسارع لهذا الفهم هم فئة خاصة من المولعين بالفضائح وأصحاب الأهواء السيئة، ولا يرجع ذلك إلى مقالة الصحفي بقدر ما يرجع إلى طبيعتهم المتشائمة، فناسب ألا يسأل

---

(33) كشاف القناع: 112/6 .

(34) انظر قضية Yossouf v. Metrogoldwyn Mayer Pictures Ltd (1934) Tort Law في ص 323 من كتاب دياس.

عنه. ويرجع في مثل هذا إلى عرف الناس.

الثاني: إثبات تعلق السب بالمدعي ورجوعه إليه وإلا فلا حق له في الدعوى، لأن الشين والعار لا يلحقانه إلا إذا اتجه السب أو الشتم إليه. فلو ذكر أحد الصحفيين في تحليل حادثة من الحوادث أن الشاهدة قد خطفت حتى لا تتمكن من الإدلاء بشهادتها ثم ظهرت هذه الشاهدة في صحبة صديقة لها لم يكن لهذه الصديقة أن تطالب الصحفي بتعويضها عن تصور البعض أنها اشتركت في هذا الخطف. غير أن هذا الشرط لا يعني وجوب النص على اسم المدعي في صيغة السب، فعادة بعض الصحف في إثارة السخرية بكبار الموظفين أن تعلن خبراً يخص أحدهم في مكان مستقل من الصفحة، كسفره إلى تركيا على سبيل المثال، ثم تقرن ذلك في مكان قريب بخبر يبدو للوهلة الأولى منقطع الصلة بالخبر الآخر، وإن كان ذا مغزى خاص لا يخطئه القارىء الذكي، كالقول بوصول شحنة من اللحم الفاسد الخبيث إلى تركيا، ومع استقلال كل من الخبرين عن الآخر فإن المدعى عليه لا يستطيع دفع مسئوليته بأن اسم المدعي لم يقحم فيما يفيد السب، لتمكن القارىء الذكي من الربط بين الخبرين. ويكفي التلميح في إقامة المسئولية في الجرائم التعزيرية.

الثالث: النشر وإعلام الغير بهذا السب، لأنه هو الذي يتحقق به الشين والحط من الأقدار والمنازل. أما ما يزوره المرء في نفسه أو يكتبه في ورقة دون أن يطلع عليها أحداً فإنه لا يثبت عاراً ولا يلحق شيناً، ولا يوجب ضماناً. ويكفي لإذاعته اطلاع أحد غير الشاتم على صيغة السب ومادته، سواء بالفعل أو الإمكان؛ فالتلفظ وإرسال برقية وكتابة تقرير مفتوح وإرسال بطاقة بريدية مفتوحة وما يماثله من الأمور التي يتحقق بها الإعلام في الشرع، لأن المعهود منه هو إقامة مظنة الشيء مقام وجود الشيء نفسه، مما يعني أن إرسال البرقية يقوم مقام الاطلاع عليها ومعرفة ما فيها، كما قامت الخلوة مقام الدخول في إثبات النسب ووجوب المهر، وكما قام التلفظ بصيغة العقد مقام الرضا، وكما قام السفر مقام المشقة في إثبات الرخصة. ومع ذلك فإن كتابة التقارير السرية لاطلاع الرؤساء وحدهم مما توجبه الضرورات العملية، ولا يعده الناس حطاً من قدر المرؤوسين ولا إهانة لهم، حتى لو تضمن وصف بعضهم بعدم الكفاءة أو نقص الخبرة أو ما إلى ذلك مما يؤثر على المستقبل المهني والوظيفي لمن ترد تقايرهم دون المستوى. وكذلك فإن حديث الرجل مع زوجته عن شخص آخر بما يعد سباً لا تتحقق له العلانية التي تسبب التحقير والتهوين. وهذا ما يظهر لي أنه الحق، منعاً للحرج، لأن من مألوف عادة الناس ألا يتحروا الحذر في حديثهم مع زوجاتهم، وأن يعبروا عن مشاعرهم بقدر غير قليل من الحرية، فلو أخذوا بهذا لضيق عليهم. ومن هذا القبيل مسارة الابن أباه؛ أو الصديق صديقه بعد التعهد بعدم الإفشاء. لكن لو سمع المتناجيين طرف ثالث وشهد به كان هذا إعلاما، فهذا هو العرف فيما يظهر لي.

421 ـ تقدير الواجب المالي: السب أو القذف بغير الزنا من حقوق العباد، حسبما اتضح مما نقلناه عن الكاساني. وإذا كان الهدف من التعزير هو الزجر عن التعرض لشرف المسلم وكرامته فإن هذا لا ينفي حق المتضرر في التعويض عما لحقه من الضرر بالفعل من جراء التعرض لسمعته. ولا يكفي تعزير من رمى صاحب مدرسة لتعليم الفتيات الكتابة على الآلة الكاتبة بأنه قواد، أو نشر صورته وهو يدخل إلى مكان من الأمكنة المشبوهة فانصرفت عنه الفتيات المتدربات، واضطر إلى إغلاق مدرسته وبيع أثاثها بثمن بخس لدفع أجور المدرسين ومقابل الإعلانات وما إلى ذلك، فلن يرفع ضرره عقاب من سبه بعشرين أو ثلاثين جلدة أو سجنه بعض الوقت، وإنما يرفعه إيجاب الضرر على من تسبب فيه.

ويجب لهذا تقدير التعويض في ضوء ما يلي:

(أ) الأضرار المالية التي لحقت بالمشتوم بهذا الشتم. وبخصوص المثال السابق فإن على الشاتم أن يتحمل ما فات من كسب المشروع مدة عام أو عامين حسب تقدير القاضي، لأن الأغلب ألا يستمر تأثير الإشاعة أكثر من ذلك. ولو نقص دخل المدرسة ولم يضطر لإغلاقها فإن هذا النقص يقدر ويحمل على المعتدي. وقد نص الفقهاء على أن من سرق فلواً فييس ضرع أمه وجف لبنها أنه يضمن. وكذلك لو أخذ أم النحل فهجر النحل مكانه المعد له أنه يضمن قيمته. ويضمن المنافع بتفويتها وفواتها فيما أخذ به الشافعية والحنابلة. وتعطيل منفعة المدرسة بإشاعة سوء أخلاق مديرها من التسبب في إتلاف منفعتها فيضمنها المتعدي. وإلا لتيسر لكل أحد الانتقاص من شرف غيره والقضاء على مشروعاته.

(ب) أرش الألم: التعدي على البدن الإنساني بالجرح والضرب إذا لم يترك أثراً موجب للضمان حسبما تقدم، فيقاس عليه التعدي على العرض والشرف، لأنه أكثر إيلاماً ووحشة في نفوس أصحاب النخوة والإباء من مجرد الاعتداء على البدن بجرح أو شجة. ويقدر القاضي هذا الأرش بالنظر إلى قوة الاعتداء ودرجة المعتدى عليه ومنزلته الاجتماعية وإسهامه في التعدي، وما إلى ذلك من المعاني التي تؤثر في الإحساس بالعدوان والتألم منه والتي راعاها الشرع في المعهود منه في تقدير الضمان عموماً.

وفي قضية Cassidy V. Daily Mirror Newspapers Lrd قدرت المحكمة الأضرار التي لحقت بالمدعية عام 1929 بخمسمائة جنيه استرليني، نظراً لأن هذه الصحيفة قد نشرت صورة لزوجها مع فتاة تعلن خطبتهما، وهو ما يتضمن طبقاً لأعراف البلاد أن هذا الرجل أعزب، مما يعني في الوقت نفسه أن المدعية، وهي تعيش معه، ليست إلا خادمة له أو خليلة.

ولا يتضمن تقدير الواجب في الضمان بالرجوع إلى الخسائر المادية وأرش الألم في قضايا السب والقذف غير الموجب للحد أي خروج على ما يفهم من منصوص الأحكام

الفقهية. وقد سبق توضيح الاستناد إلى هذه المعاني عند تقدير الواجب.

422 ـ الدفوع: يتأثر الواجب بالضمان في قضايا السب والقذف الذي لا حد فيه بوجود عدد من الأسباب التي تدفع هذا الواجب وتنفيه كلياً أو جزئياً. من ذلك الاعتذار وعدم القصد والصدق وموافقة المجني عليه للجاني وعفو المجني عليه. وفيما يلي بيان هذه الأسباب.

(أ) الاعتذار: لا ينفي الاعتذار المسئولية عما وقع من تعد أو خطأ، حيث لم يعهد في مسلك الشارع أن يسقط الندم والإنابة ما وجب من حقوق العباد. أما بالنسبة لحقوق الله عز وجل، وعقوبات الحدود على وجه الخصوص، فقد اختلف الفقهاء في إسقاط التوبة لهذه العقوبات اختلافاً كبيراً. ومع ذلك فإن الاعتذار في قضايا السب من شأنه أن يؤدي بوجه العموم إلى تخفيف إحساس المعتدى عليه بالألم فيراعي القاضي هذا المعنى عند تقدير الواجب.

(ب) عدم القصد: القاعدة أن عدم القصد إلى الإساءة لا ينفي الضمان. ولذا فإن من يخطىء في نسبة جريمة لأحد الأبرياء يكون مسئولاً عما أصابه. وقد سبقت الإشارة إلى مسئولية الشهود عما يترتب على خطئهم من ضرر لم يقصدوه. ومع ذلك فإن انتفاء القصد ينفي المسئولية أحياناً إذا توقفت الإساءة على وجوده. وتوضيح ذلك أن من يذهب إلى المحكمة للشهادة في جريمة من الجرائم لا يعد قاذفاً للمتهم بهذه الشهادة. وقد اختلف الفقهاء على وجه الخصوص في الشهادة بالزنا، فجمهورهم على معاقبة الشهود بالزنا إذا لم يبلغ عددهم أربعة شهداء، طبقاً لتفسيرهم للآية الرابعة من سورة النور. وقد خالف بعض الشافعية وبعض الحنابلة وابن حزم من الظاهرية، ورأوا أن الشهود لا يحدون حد القذف إذا ذهبوا إلى المحكمة في هيئة الشهود، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾. أما إذا ذهبوا إلى المحكمة في هيئة القذفة، حسبما يتضح للقاضي من الأمارات، فإنهم يحدون حد القذف[35]. وهذا الرأي هو الأقرب إلى الفهم الصحيح للآية الرابعة من سورة النور. ولو تلفظ بشيء من السباب بلغة لا يعرفها، أو كتب سباباً بهذه اللغة، موجهاً كلامه لأحد الناس لم تنشأ المسئولية لانتفاء القصد على وجه أدى إلى انتفاء الإساءة.

(جـ) الصدق وموافقة الواقع. توضح النصوص الشرعية أن الكشف عن الجناة وإظهارهم والإشارة إلى جرائمهم إذا تعلق به غرض صحيح أمر لا تقوم به المسئولية. ويتضح من متابعة نصوص الفقهاء أنهم لم يشاءوا حماية شرف أهدره صاحبه. ويكشف تحديدهم لمعنى الإحصان في باب القذف واشتراطهم له في الحد به عن هذا المعنى. ولا

(35) المهذب: 350/2، والمغني: 179/10، والمحلي 260/11 والتشريع الجنائي للمرحوم عبد القادر عودة: 419/2.

يجب حد القذف لهذا على من يرمي شخصاً بالزنا فيثبت زناه وأنه حد في هذه الجريمة[36]. وفي هذا المعنى يتفق الفقه الإسلامي والقانون الانجليزي[37]. أما القانون المصري فيوازن المرحوم عبد القادر عودة بينه وبين الشريعة الإسلامية في حكم هذا الدفع بقوله: (القاعدة في الشريعة أن من رمى إنساناً بواقعة أو صفة محرمة وجب عليه أن يثبت صحة ما رماه به. فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه العقوبة. أما من سب إنساناً أو شتمه فعليه العقوبة، وليس له الحق في إثبات صحة ما قال، لأن ما قاله ظاهر الكذب ولا يمكن إثباته بطبيعة الحال. أما من رمى شخصاً بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب، لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقذوف، والإيذاء محرم في الشريعة... ويختلف قانون العقوبات المصري عن الشريعة من هذه الوجهة كل الاختلاف، فالقاعدة فيه أن ليس لمن قذف إنساناً بشيء أن يثبت صحة ما قذفه به، وعليه العقوبة، ولو كان الظاهر أن ما قاله صدق لا شك فيه. والأساس الذي يقوم عليه القانون المصري هو حماية حياة الأفراد الخاصة)[38].

ويظهر لي مع ذلك أمر أرجو الالتفات إليه لتصحيحه إن ثبت خطؤه، هو أن الشريعة الإسلامية لا تبيح إيذاء الذين ارتكبوا الجرائم في الماضي بتذكيرهم بهذه الجرائم خاصة إذا عوقبوا عليها بالعقوبة التي أوجبها الشارع. يتضح هذا المعنى في حديث أبي هريرة، ولفظه: (أتى النبي ﷺ برجل قد شرب، فقال: اضربوه، فمنا الضارب بيده... والضارب بثوبه، فلما انصرف قال بعض القوم: أخزاك الله. قال: لا تقولوا هكذا، لا تعينوا عليه الشيطان)[39]. وقد صلى النبي عليه الصلاة والسلام على المرأة التي رجمت، فقال له عمر: (تصلي عليها يا رسول الله وقد زنت؟ قال: لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم. وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله؟)[40] وفي التذكير الدائم بالجريمة ما يساعد على الاجتراء عليها وإشاعتها في المجتمع الإسلامي. ولهذا فإن فوات الإحصان يدفع حد القذف، لكن لا يعفي من العقوبة التعزيرية. وقد جاء في كشاف القناع أن قذف (من ليس بعفيف يوجب التعزير.. كفًّا له عن أذاه)[41] وكذا لو قذف من صار إلى الإسلام، وكان متزوجاً قبل إسلامه ممن لا تحل له، ويعزر القاذف لكف أذاه[42].

(36) المهذب: 289/2، وشرح فتح القدير: 192/4، وبدائع الصنائع: 40/7، ومواهب الجليل: 298/6 وما بعدها، وكشاف القناع: 106/6.

(37) Dias and Markesinis on Tort Law, P. 341.

(38) التشريع الجنائي الإسلامي: 456/2.

(39) تخريجه وتمام لفظه في نيل الأوطار: 317/7.

(40) تخريجه وتمامه من حديث عمران بن حصين في نيل الأوطار: 280/7 وما بعدها.

(41) كشاف القناع: 105/6.

(42) السابق: 106/6.

وإن وجب تعزيره لم يبرأ من الضمان من باب أولى، إذا لم يتعلق بذكر الجريمة الماضية غرض صحيح.

والأمر في القانون الإنجليزي[43] قريب من هذا المعنى، فارتكاب جناية لا يبرر الإشارة إليها إذا كان القصد هو الإساءة إلى الجاني، كما أنه لا يبرر المبالغة أو الزيادة في وصف ما وقع بالفعل من الجاني.

(د) **أداء واجب كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر**. ويدخل فيه فيما يظهر لي أحوال الطعن على موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية إذا تعلق الطعن بعمله وكان الهدف منه هو حماية المصلحة العامة. وإذ يشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الامتناع عن التجسس لقوله تعالى: (ولا تجسسوا) (الحجرات: 12) فإنه لا يجوز لأحد أن يقتص أثر أحد ليكشف من حياته عما ستره الله تعالى عليه، إلا إذا تعلق به حق آدمي، والتزم في هذا التقصي بالأحكام الشرعية. ويجوز في هذا الإطار التعرض لما يعرف المرء من سلوك غيره عند السؤال عنه في تزكية الشهود، أو إذا كان شاهداً وسئل عما يعرفه عنه، أو ما يشبهه من أحوال أداء الواجب. والقاعدة الفقهية أن أداء الواجب لا يتقيد بوصف السلامة.

(هـ) **العفو**: اختلف الفقهاء في حكم العفو عن القذف الموجب للحد، فلا يرى أبو حنيفة للمقذوف حق العفو بعد ثبوت الجريمة، بحكم أن القذف حد وجب لحق الله تعالى فلا يملك العبد إسقاطه. ويرى الشافعي وأحمد حق المقذوف في العفو عن القاذف، تغليبا لحق العبد في القذف. ولمالك آراء متعددة، منها أن العفو يصح إلى رفع الدعوى، أو إلى سماع الشهود، أو مطلقاً كمذهب الشافعي وأحمد[44].

---

(43) Dias and Markesinis, Tort Law, p. 341.

(44) فتح القدير: 198/4، وحاشية ابن عابدين: 189/3.

الفصل الثاني

جوابر الأضرار المالية والخاصة

المبحث الأول: رد الأعيان

423 ـ تقديم: يفضل الناس كما لا يخفى صفة الوضوح في القوانين التي يتبعونها للوصول إلى حقوقهم على الالتزام بصفة البراعة وتحري العدالة المطلقة في إيصال هذه الحقوق. ويرجع هذا التفضيل لأسباب عملية، تتمثل في انخفاض تكلفة المطالبة بالحق وقلة الإجراءات، مما يوفر الوقت والجهد. ويتضح لي عند مقارنة أسلوب تقدير الواجب في الإصابات البدنية في الفقه بنظيره القانوني أن الأولوية لصفة الوضوح في التقدير الشرعي، وهي سبيله إلى تحقيق العدالة، على حين أن القوانين الحديثة تعمد في تقدير الواجب بهذه الإصابات إلى تحري العدالة ومحو آثار العدوان. ولذا يعمد القانون الانجليزي، على سبيل المثال، إلى حساب مقابل الألم والمعاناة Pain and suffering والفقد Bereavement ونقص الأجل Loss of expectation of Life والمكاسب الضائعة Lost Gain. وقد أدى هذا التعقد في حساب الواجب إلى تفلت العدالة المنشودة وضياعها، وهو ما يكشف عنه اتجاه القضاء الإنجليزي إلى التخفيض في تقدير التعويضات عموماً، كما يكشف عنه التفاوت بين الناس في تقدير الواجب لهم تبعاً لاختلاف منازلهم الاجتماعية. وبالإضافة إلى ذلك فإن طول إجراءات التقاضي وارتفاع تكلفته من الأمور التي تكشف عما جره تعقد أساليب حساب الواجب في الضمان.

424 ـ ويتمثل وضوح الأسلوب الشرعي في تقدير الواجب في تحديد مقادير الديات والأروش المقدرة وترك الأمر إلى المختصين في الأروش غير المقدرة. ومفاد هذا التقدير تيسير مهمة القاضي ومعرفة المتقاضين حقوقهم وواجباتهم بالتقريب من قبل رفع الأمر إلى المحكمة. وهو طموح تسعى النظم القانونية الحديثة إلى تحقيقه، لأهميته في توفير الإحساس بالرضا والعدل.

ويتسم أسلوب حساب جوابر الأضرار المالية بسمة الوضوح كذلك. بل إن هذه

السمة في حساب هذا النوع من الجوابر أيسر إدراكاً منها في جوابر الأضرار البدنية. ويرجع السبب إلى سهولة المقابلة بين الأضرار المالية وجوابرها للتماثل بينهما. والضابط الذي أقامه الشارع لتقدير هذه الجوابر هو المثلية ومستند هذا الضابط النصوص والعموم المستفاد من أحكام الشارع.

أما النصوص فمنها قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ وقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾. وفي شرع القصاص في النفس والجروح ومعاملة الأعداء في السلم وفي الحرب ما يدل على اعتبار الشرع للمثلية عموماً.

425 ـ المثلية في القانون الإنجليزي: يقدر الواجب في الأضرار المالية في هذا القانون بإيجاب القيمة السوقية Market Value للتالف إن كان التلف كلياً، وأرش النقصان، وهو الفرق بين قيمة التالف سليماً وقيمته السوقية معيباً إن كان التلف جزئياً[1]. وبهذا يتضح اتفاق الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي في ضابط تقدير الواجب في الضمان. وقد آل الأمر في هذا القانون إلى طرد تطبيق هذا الضابط في حساب الأضرار المالية المتنوعة التي لحقت بالمتضرر وتقدير قيمتها وإيجاب مثل هذه القيمة على المتسبب في الضرر.

يكشف عن أسلوب تطبيق ضابط المثلية في أحوال التلف الكلي Loss في هذا القانون النظر إلى الحكم في قضية Liesbosch Dredger v. S.S. Edison، الصادر عام 1933[2]. ففي هذه القضية تسببت سفينة أمريكية في إغراق حفار للمدعي خارج ميناء Parras اليوناني، حيث كان هذا الحفار يعمل بموجب عقد بين المدعي وبين الهيئة المسئولة عن الميناء. وأنذرت هذه الهيئة المدعي بإعمال نصوص العقد إذا تأخر في تنفيذ التزامه، وهو ما يعني المطالبة بغرامات التأخير ومصادرة التأمين الذي كان مقداره كبيراً. ولما كان المدعون عاجزين عن شراء حفار آخر من هولندا وتحمل تكلفة شحنه إلى الميناء اليوناني فقد اضطروا إلى استئجار حفار من إيطاليا للعمل محل الحفار الغارق. وقد حكم مجلس القضاة في هذه القضية بالتعويض عن الأمور التالية:

(أ) القيمة السوقية للحفار الغارق، وهو ما يقابل ثمن المثل في اصطلاحات الفقه الإسلامي.

(ب) أجرة الحفار البديل وتكلفة التأمين عليه.

(جـ) نفقة شحنه إلى ميناء براس اليوناني.

(د) التعويض عما فات من كسب في الفترة بين غرق الحفار ووصول بديله.

(1) Dias and Makesinis, Tort Law, p. 427.

(2) Ibid, p. 92 and Remedies of English Law F.H. Lawson, p. 89.

ومن الواضح أن القيمة السوقية للمال غير قيمة شرائه جديداً، حيث يدخل في الاعتبار ظروف الشيء التالف وحالته. ولذا فإن القيمة السوقية تقدر بالنظر إلى حالة المال من القدم أو الجدة ومن السلامة أو التعيب.

أما عند التلف الجزئي Damage فإن الواجب هو ما نقص من القيمة[3]، أو قيمة ما نقص[4]. ويوجب الإتلاف الجزئي للمنقولات على وجه العموم قيمة الإصلاح Cost of Repair إلا إذا زادت تكلفة الإصلاح عن النقص في القيمة فيستحق المالك قيمة الشيء الذي لحقه التلف. وعادة ما تقدر تكلفة الإصلاح بالنظر إلى وقت حدوث التلف إلا إذا تراخى وقت حدوثه عن وقت اكتشافه بفترة تغيرت فيها الأسعار فيرجع إلى الوقت الأخير. ولا يختلف الواجب في إتلاف الأموال أو تعييبها في الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي بوجه عام، حسبما يتضح فيما يلي.

426 - وجوب الرد: لا ينقطع الملك بالغصب أو حيازة مال الغير بغير حق، ويجب على الحائز رد المال لصاحبه حسبما أوجبته نصوص القرآن الكريم والسنة وإجماع الفقهاء.

أما من القرآن فقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (النساء: 29). وقوله: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾ (البقرة: 188). ووجه الاستدلال أن الأكل عام يشمل الانتفاع، وهو لازم الحيازة، فوجبت التخلية ورد الأموال إلى أصحابها.

وفي السنة قوله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه»[5]. وقال ﷺ أيضاً: «لا يحل مال[5] امرىء مسلم إلا بطيب نفسه». وبينت السنة كذلك أنه لا ضرر ولا ضرار، كما بينت مبدأ حرمة دم المسلم وعرضه وماله، وهو ما يدل على وجوب رد المال لصاحبه. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدي[6].

وقد أجمع الفقهاء على هذا المعنى، ففي بداية المجتهد أن (الواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه. وهذا لا خلاف عليه)[7]. ودليل وجوب الرد من المعقول فيما يذكر السرخسي أن الغاصب مفوت يد

(3) Lessened Value of the Property .

(4) Value of the part severed.

(5) انظر تخريجه في نيل الأوطار: 62/6.

(6) الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: 200/2، والتخليص الحبير لابن حجر: 53/3.

(7) بداية المجتهد لابن رشد: 237/2 ط. لاهور.

المالك بالأخذ، (واليد لصاحب المال في ماله مقصود، به يتوصل إلى التصرف والانتفاع، ويحصل ثمرات الملك. فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه. وأتم وجوهه رد العين إليه، ففيه إعادة العين إلى يده كما كان فهو الواجب الأصلي لا يصار إلى غيره إلا عند العجز عنه)[8].

ويترتب على الحكم بأن رد المغصوب هو الحكم الأصلي أمران: **أولهما**: أنه لا يجوز للغاصب الاحتفاظ بالمغصوب ولو مع إبداء استعداده لدفع قيمته إذا لم يوافق المالك، إلا إذا قام سبب من الأسباب الناقلة للملك، طبقاً لما سلف ذكره من اختلاف الفقهاء فيه. والآخر أنه لا يجوز للمالك المطالبة بقيمة المغصوب مع بقاء عينه، ويجبر على أخذه[9]. وتشير المادة 1378 من مجلة الأحكام الشرعية إلى هذا المعنى، ونصها: (يجب على الغاصب رد المغصوب لمالكه في المحل الذي غصبه فيه إن قدر عليه، ولا يجبر على قبول عوضه ولو بذل الغاصب أكثر من قيمته).

وقد اعتبر أكثر الأحناف أن الرد هو (الموجب الأصلي، ورد القيمة مخلص، خلفاً عنه، لأنها (أي القيمة) قاصرة، والكمال في رد الصورة والمعنى. وقيل: الموجب الأصلي القيمة، ورد العين بدل عنها. ولذا يعتبر في رد ذوات الأمثال قيمة المغصوب يوم غصبه. ويظهر ذلك في بعض الأحكام، منها إذا غصب جارية قيمتها ألف وله ألف حال عليها الحول لم تجب عليه الزكاة، لأنه مديون والزكاة غير واجبة عليه)[10]، أي أنه مدين بقيمة الجارية، وتصير ذمته مشغولة بهذا الدين، بحكم أن القيمة هي الموجب الأصلي فلا تجب الزكاة. وكذا لو أبرأ المغصوب منه الغاصب حال قيام العين برىء من الضمان ولا يجب عليه شيء لو هلك المغصوب بعد ذلك. ومن المحتمل أن اعتبار رد المثل أو القيمة هو الواجب الأصلي مبناه أن الأعيان لا تثبت في الذمم، لكن ذمة الغاصب مشغولة بحق المغصوب منه، فوجب أن يكون ذلك بإثبات المثل أو القيمة. ويعارض هذا النظر أن إيجاب رد العين على الغاصب لا يعني شغل ذمته بهذه العين، وإنما تنشغل الذمة بإيجاب العمل على تسليم المغصوب لمالكه[11]. ويجوز شغل الذمة بعمل من الأعمال، كما هو الحال في التزامات الأجراء والصناع والبائع بتسليم المبيع والمشتري بتسليم الثمن. أما إذا عجز عن الوفاء بهذا الالتزام فإنه يطالب عندئذ بوجوب رد المثل أو القيمة.

---

(8) المبسوط: 50/11.

(9) بدائع الصنائع: 148/7، ولسان الحكام: 305، والمهذب: 367/1 ، ونهاية المحتاج: 149/5، وشرائع الإسلام: 239/3، والمبدع: 154/5، وتبيين الحقائق: 222/5، والخرشي : 132/6، وشرح المجلة لسليم رستم باز: ص 488.

(10) تبيين الحقائق: 222/5.

(11) تبيين الحقائق: 158/8.

427 ـ موانع وجوب الرد: يمتنع وجوب رد المغصوب لأي من الأسباب التالية:

(أ) هلاك المغصوب، لعدم القدرة على الرد مع الهلاك، والوجوب مقيد بالقدرة على الامتثال.

(ب) عدم ولاية الدولة الإسلامية على الغاصب، كما إذا أخذ الحربي مال المسلم أو الذمي.

(جـ) تغير المغصوب في الصورة والمعنى، كما إذا غصب أحد حنطة فزرعها أو بيضاً فأفرخ. ويتوسع الأحناف في هذا السبب كما تقدم، ويعتبرونه مانعاً من وجوب الرد مطلقا وسببا لانتقال ملكية المغصوب إلى الغاصب، فلو كان قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو ثوباً فقطعه وخاطه قميصا فإن حق المالك ينقطع ولا يجب عليه الرد. أما غير الأحناف فلا يعتبرون مجرد التغيير سبباً كافياً لانقطاع حق المالك في المغصوب، ويشترطون فيه ألا يمكن لحظ أصل المغصوب بعد تغيره، كالبذور تزرع والبيض يفرخ، كما يشترط بعضهم ألا يؤدي الرد إلى الإضرار بالغاصب ضرراً يمنع الشرع منه، كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان أو إنسان فإن الرد لا يجب.

(د) تضرر الغاصب برد المغصوب ضرراً يزيد على تضرر المالك من عدم الرد. والقاعدة الفقهية أنه يختار أهون الشرين، كما يدفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف. ومن فروعها فيما يذكره ابن نجيم أنه (لو غصب ساجة، أي خشبة، وأدخلها في بنائه، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة. وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها. ومنها لو غصب أرضاً فبنى فيها أو غرس، فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعها. . وإلا ضمن له قيمتها. ومنها لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر إلى أكثرهما قيمة فيضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل)[12]. ويشترط غير الأحناف أن يكون تضرر الغاصب ممنوعاً منه شرعاً، كما إذا غصب خيطاً فخاط به جرح إنسان أو حيوان، فلا يكلف نزعه للضرر.

428 ـ مؤنة الرد: يكلف الغاصب رد المغصوب إلى محل غصبه، فما يتكلفه من مؤنة الحمل والنقل واجب على الغاصب وإن بلغت هذه المؤنة أضعاف قيمة المغصوب. (مثلا. لو غصب متاعاً فنقله إلى بلاد بعيدة، لا يمكن إرجاعه إلا بمؤنة كثيرة، أو حيواناً فانفلت بمكان يعسر مسكه إلا بنفقة، أو حنطة فاختلطت بشعير يحتاج في تخليصه إلى أجرة، يلزم الغاصب جميع ذلك مهما بلغ)[13]. وهو مذهب الشافعية[14]. ومذهب الأحناف

(12) غمز عيون البصائر للحموي: 122/1. ورد المحتار 267/3 طبعة المكتبة الماجدية باكستان، 1399.

(13) مادة 1379 من مجلة الأحكام الشرعية.

(14) نهاية المحتاج: 187,163,149/5.

وجوب دفع القيمة عوضا عن رد العين إذا زادت مؤنة حملها. وهو ما نص عليه المالكية؛ ففي حاشية الخرشي أنه إذا وجد المغصوب في غير محل الغصب فللمالك أخذه في هذا المحل، إلا أن يكون في نقله مؤنة فإن له أخذه في محل وجوده أو يأخذ قيمته يوم غصبه[15] ومرد ذلك إلى الموازنة بين تضرر الغاصب من الرد إلى مكان الغصب وبين تضرر المالك من فقد العين، ودفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف. وقد نصت المادة 192 من القانون المدني العراقي على هذا المعنى بلفظ: (يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً. وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك، وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار).

ويلزم الغاصب نفقة الرد في أحوال وجوب المثل كذلك. يدل عليه الحكم في قضية الأعرابي الذي (أتى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقال إن بني عمك عَدَوْا على إبلي فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها، فقال له عثمان رضي الله تعالى عنه: إذاً نعطيك إبلاً مثل إبلك وفصلاناً مثل فصلانك. فقال إذا تنقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي، فغمزه بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فقال: بيني وبينك عبد الله. فقال عثمان رضي الله عنه: نعم. فقال عبد الله رضي الله عنه: أرى أن يأتي هذا واديه فيعطى ثمة إبلاً مثل إبله، وفصلاناً مثل فصلانه، فرضي عثمان رضي الله عنه بذلك وأعطاه)[16]. فانظر كيف اعطاه إبله وفصلانه في مكان الغصب والتلف، ومقتضاه أن الغاصب هو الذي تحمل تكلفة النقل ومؤنة الرد إلى مكان الغصب. ولو هلك المغصوب في الطريق قبل التمكن من الرد لم يبرأ الغاصب ويطالبه المغصوب منه. ويتخرج على تحمل الغاصب مؤنة الرد أن نفقة تأمين النقل عليه كذلك.

429 ـ **مؤن التعييب والتقاضي**: يتحمل الغاصب ما يلزم لرد العين سليمة إلى مالكها في مكان أخذها، فيجب عليه كذلك نفقة إصلاح العيب وعلاج الحيوان. وقد نص الفقهاء على أن من غصب ثوباً وخرقه فإن أجرة رفوه عليه، وأن من غصب حيواناً ومرض عنده فإن أجرة الطبيب وثمن الدواء عليه كذلك. علته أن الواجب على الغاصب هو رد المغصوب بحالته التي أخذه بها، ولا يتمكن من أداء هذا الواجب إلا بالعلاج والإصلاح فكان عليه[17]. وتقابل هذه النفقة ما هو معروف في القانون الإنجليزي بعنوان Allowance of an improvement of the goods [18] وعلى الغاصب أيضاً نفقة التقاضي وما تحمله صاحب

(15) مادة 890 من مجلة الأحكام العدلية والخرشي: 139/6.
(16) المبسوط: 53/11.
(17) الخرشي: 150/6.
(18) Dias and Markesinis Tort law,p.497.

المال في الدعوى، لتعديه بالتسبب في إتلاف مال الغير فيضمنه. جاء في كشاف القناع: (لو مطل المدين رب الحق حتى شكى عليه فما غرمه رب الحق فعلى المدين المماطل إذا كان غرمه على الوجه المعتاد. . . لأنه تسبب في غرمه بغير حق)[19]. وهو ما نص عليه ابن تيمية أيضاً[20]. والشرط ألا يبالغ فيما ينفقه وألا يجاوز المعتاد في نفقته، فلا رجوع له على المعتدي فيما جاوز فيه المعتاد. ويتفق مذهب المالكية في هذا مع المذهب الحنبلي[21]، وهو قياس مذهب الأحناف والشافعية.

430 ـ النفقة على المغصوب: لا حق للغاصب في الرجوع بما أنفقه على مال غيره، لأنه متعد وليس لعرق ظالم حق، ولأنه فضولي لا يستند فعله في الإنفاق إلى ولاية على صاحب المال أو إذن منه أو قضاء فلا يرجع بما أنفق، لأنه لا إلزام بدون التزام. وفي المادة (908) من مجلة الأحكام العدلية أنه (إذا كرب أحد أرض آخر غصباً ثم استردها صاحبها فليس للغاصب مطالبة أجرة في مقابلة الكراب). وفي البدائع أنه (لو غصب جريحاً أو مريضاً فداواه حتى برأ صَحّ. . لا يرجع الغاصب على المالك بما أنفق، لأنه أنفق على مال الغير بغير إذنه، فكان متبرعاً. وكذلك لو غصب أرضاً فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه. وكذلك لو كان نخلاً اطلع فأبره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شيء للغاصب فيما أنفق لما قلنا. . ولو غصب ثوباً ففتله أو غسله أو قصره فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء للغاصب، لأنه ليس للغاصب عين مال متقوم فيه. أما الفتل فإنه تغيير الثوب من صفة إلى صفة)[22] وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة؛ ففي الأم أن ما يحدثه الغاصب فيما اغتصبه مما لاعين له، (مثل الماشية يغصبها صغاراً والرقيق يغصبهم صغاراً فيداويهم وتعظم نفقته عليهم حتى يأتي صاحبهم وقد أنفق عليهم أضعاف ثمنهم فليس له شيء)[23]. وفي مغني المحتاج أن زيادة المغصوب إن كانت (أثراً محضاً كقصارة لثوب وخياطة. . وطحن حنطة وضرب السبائك دراهم وضرب الطين لبناً. . فلا شيء للغاصب بسببها لتعديه بعمله في ملك غيره)[24]. وهو مذهب الحنابلة أيضاً؛ ففي كشاف القناع أنه لا شيء (للغاصب بعمله المؤدي إلى الزيادة، لأنه تبرع في ملك غيره فلم يستحق لذلك عوضاً، كما لو غلى زيتاً فزادت قيمته)[25].

---

(19) كشاف القناع: 419/3.

(20) مختصر الفتاوى المصرية ص 436.

(21) الخرشي: 144،143/6، وحاشية العدوي في الموضع نفسه وحاشية الدسوقي: 455/3.

(22) بدائع الصنائع: 162/7.

(23) الأم: 226/3.

(24) مغني المحتاج: 291/2.

(25) كشاف القناع: 88/4.

أما المالكية فمذهبهم كما يقول خليل أن ما أنفق في الغلة. ومعناه (أن ما أنفقه الغاصب على المغصوب كعلف الدابة ومؤنة العبد وكسوته وسقي الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحوه يكون في الغلة التي تكون لربه كأجرة العبد والدابة والأرض، يقاصصه بها. فإن تساويا فواضح، وإن نقصت الغلة فليس للغاصب الطلب بالزائد لظلمه. وإن زادت على النفقة كان لربه أخذ ما زاد)[26] ومقصود هذا الرأي هو الجمع بين مصلحة كل من الغاصب والمالك. أما الأصول العامة فتقضي بوجوب نفقة المرء على ما يملكه، لأن هذه النفقة وجبت عليه بمقتضى ملكه، ولذا يجبر عليها لو امتنع عن الإنفاق على حيواناته. وكان القياس لهذا أن تجب النفقة على الغاصب بالغة ما بلغت، إذا لم تتجاوز المعتاد المألوف.

وإنما استحسن الجمهور ألا يرجع الغاصب على المالك بما أنفقه لتعديه ولانتفاعه بهذه النفقة حفظ المغصوب الذي يلتزم برده. ومن جهة أخرى فإنه لو وجب له حق الرجوع على المالك لجاز له إمساك العين في مقابل حقه بما يعود على أصل الباب بالتناقض. ولعل الرغبة في استبعاد هذا الحق هو سبب تقييد المالكية حق الرجوع في نفقة المغصوب بغلته.

431 ـ ما يتحقق به الرد: يبرأ الغاصب برد المغصوب لصاحبه لأنه هو الواجب عليه حسبما تقدم، ولا يسأل عما يحدث للعين بعد ردها لصاحبها من تلف أو فوت، إلا إذا أضيف هذا التلف أو الفوت إلى سبب من جهة الغاصب. ويتحقق الرد بالتخلية بين المال وصاحبه وبدفعه إليه وبكل ما يعد تسليماً للمغصوب في العرف والعادة وإن لم يعلم صاحب المال بهذا التسليم، (لأن إثبات اليد على العين أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل. ولذا لم يكن العلم شرطاً لتحقيق الغصب فلا يكون شرطاً لبطلانه)[27]. ويبرأ الغاصب بناء عليه لو سلم العين لصاحبها بإيداع أو قرض أو هبة أو إجارة أو ضيافة، كما لو كان المغصوب طعاماً فقدمه الغاصب لصاحبه فأكله. يقول السرخسي: (غصب من رجل ثوباً، ثم إن الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه فلا شيء له على الغاصب. وكذلك المكيل والموزون إذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب بريء عن الضمان عندنا. وفي أحد قولي الشافعي رضي الله عنه لا يبرأ، لأنه ما أتى بالرد المأمور به، فإنه غرور منه، والشرع لا يأمر بالغرور. . ولأنه ما أعاده إلى ملكه كما كان، لأن المباح له الطعام، ولا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصراً في حكم الرد. ولو جعلنا هذا رداً تضرر به المغصوب منه لأنه أقدم على الأكل بناء على خبره أنه أكرم ضيفه ولو علم أنه ملكه ربما لم يأكله وحمله إلى عياله فأكله معهم فلدفع الضرر عنه بقي الضمان على الغاصب)[28]. وقد أراد المالكية ضبط

(26) الدسوقي: 450/3.

(27) بدائع الصنائع: 150/7.

(28) المبسوط للسرخسي: 100/11.

هذا الغرور الذي يمنع الاسترداد باشتراط كون الطعام الذي أكله المالك من جنس ما يقدم إليه وفي مستواه وإلا لم يبرأ الغاصب من وجوب الرد وكان غاراً.

ولا تتعين النقود بالتعيين، فلو سلم الغاصب المغصوب منه قدر ما أخذه من النقود برىء، إذ لا يشترط رد عينها.

وإنما يبرأ الغاصب الثاني بالرد إلى الغاصب الأول أو المالك، إلا إذا هلكت العين، ووجب عليه رد المثل أو القيمة فإنه لا يبرأ بالرد إلى الغاصب الأول عند أبي يوسف خلافاً لأبي حنيفة ومحمد. دليل أبي يوسف أن الضمان الواجب على الغاصب الثاني للمالك فلا يبرأ بأدائه إلى غيره. ولهما أن أداء المثل خلف عن العين فيبرأ برد المثل أو القيمة إلى الغاصب الأول، مثلما يبرأ برد العين إلى من أخذها منه[29].

432 ـ الرد في القانون الإنجليزي: ترك القانون الإنجليزي، طبقاً لما سلفت الإشارة إليه، الحكم برد المنقولات المغصوبة Restituiton of the Goods إلى كل من اختيار المدعى والمدعى عليه وتقدير المحكمة. فقد أجازت المادة الثالثة من قانون ضمان المنقولات Torts (interference with goods) Act الصادر عام 1977 في فقرتها الثانية والثالثة للمدعى عليه اختيار دفع القيمة بدلاً عن العين، كما أباحت هاتان الفقرتان للمدعي المطالبة بالقيمة بدلاً عن استرداد المنقول. ويفسر Lawson هذا التردد في إعطاء المالك الحق في استرداد ملكه، (مما يعد نقصاً في القانون، على حد تعبيره)، بالإشارة إلى نوعين من الأسباب. **أولهما**: تاريخي يتعلق بالصعوبات العملية التي يقتضيها البحث عن المغصوب نفسه، وتكليف الحاكم Sheriff بالاستيلاء على العين المغصوبة، وذلك في مقابل السهولة النسبية التي يقتضيها تنفيذ الحكم بضمان القيمة، وهو ما لا يستلزم سوى الاستيلاء على جزء من أموال المدعى عليه لإجباره على دفع القيمة أو لبيع ما يكفي من أمواله للوفاء بهذه القيمة. والثاني عملي ينطبق على الحاضر والماضي على السواء، ويتمثل في أن الغالب في المنقولات المغصوبة أنها من المثليات Fungible التي يتيسر التبادل فيما بينها دون إلحاق ضرر يذكر بالمالك أو المدعي. أما الأموال الأخرى غير المثلية بطبيعتها أو التي يتعلق مالكوها بها تعلقاً شخصياً فلم يكن غصبها كثير الوقوع إلى الحد الذي يوجب الإلزام برد أعيانها. ومن جهة أخرى فقد ساد النظر إلى المنقولات بعين الاستخفاف الذي تدل عليه القاعدة القانونية اللاتينية[30] (Res Mobilis Res Vilis) القاضية بأن ما لا قرار له لا قيمة له. وقد ناسب هذا الاستخفاف بالمنقولات عدم الإصرار على حق المالك في استرداد أعيانها[31].

---

(29) البدائع: 151/7.

(30) معنى هذه القاعدة في الانجليزية: Movables are Cheap.

(31) Remedies on English Law, F.H. Lawson, 2nd edition, P. 204.

وقد ترك لمحاكم العدالة Equity Courts بعد قيامها إلزام المدعى عليه بتسليم المنقولات المغصوبة وأن تجبره على ذلك بحبسه إذا امتنع عن الوفاء بهذا الواجب إن رأت المحكمة أن رفع الضرر لا يتحقق إلا به وأصر المدعي على الاسترداد.

أما في العقارات فلم يترك القانون الإنجليزي مثل هذه الحرية في التقدير لأحد، وأخذ بوجوب رد الأعيان لأصحابها. ولم يشهد تاريخ هذا القانون أي نوع من التردد حيال حق المدعي في استرداد عقاره ممن استولى عليه بغير حق. وقد يعلل هذا الاطراد في التاريخ بأهمية الأرض في حياة الناس وارتباط حياتهم بها، كما أنه قد يعلل كذلك بغلبة الإقطاع وسيطرته والتزام السادة بحماية أراضيهم لأسباب تتعلق بفرض السلطان والنفوذ.

ويطلق على دعوى استرداد العقار اصطلاح دعوى الطرد Ejectment التي تنشأ في الغالب لمواجهة مخالفة المستأجر شروط عقد الإجارة، أو لرفضه تسليم الأرض لمالكها بعد انتهاء مدة الإجارة. وقد اتسمت الإجراءات في تاريخ القانون الإنجليزي بالتعقيد فيما يتعلق بهذا النوع من الدعاوى، فقد خضع التقاضي في هذه الدعاوى قروناً عديدةً لحيلة إجرائية تمثلت في افتراض شخصين خياليين، أولهما John Doe الذي كانت الأرض في يده وأجرها للآخر وهو Richard Roe الذي يقابل المدعي عليه في الواقع. ولا يلبث هذا المدعى عليه المفترض أن ينسحب من الدعوى، على أساس أنه لا يدعي حقاً في الأرض موضوع النزاع، طالباً من المدعى عليه الحقيقي أن يتقدم إلى المحكمة بأدلته على حقه في هذه الأرض. وقد نجح القانون الإنجليزي في إزاحة هذا التعقيد الإجرائي منذ ما يزيد عن قرن، واعترف بحق صاحب الأرض في استردادها، فانتهت بهذا أشهر حيلة في تاريخ هذا القانون.

وإنما لم يعرف الفقه الإسلامي التفريق بين العقار والمنقول فيما يتعلق بوجوب رد المغصوب منهما، لأن النصوص الشرعية حددت أسباب انتقال الملكية وأوجبت على الغاصب إعادة المال، عقاراً أو منقولاً، لصاحب الحق فيه.

433 ـ الظفر بالحق Self help : يعني الظفر بالحق أن يصل صاحب المال لحقه بنفسه دون لجوء للوسائل القضائية في رفع الدعوى والتقاضي والانتظار إلى صدور الحكم، فهو عبارة عن أخذ صاحب الحق ماله بغير رضا المدين به ولا حكم الحاكم[32]. ويتنازع النظر في حكم هذا الأخذ من الوجهة الفقهية مصلحتان معتبرتان شرعاً. أولاهما مصلحة صاحب المال في تحصيله، والأخرى مصلحة صاحب اليد في

(32) يختلف عن دفع الصائل Self Defence في أن هذا الأخير لدفع الضرر قبل وقوعه أما الظفر فلرفع هذا الضرر بعد الوقوع.

إقراره على ما تحت يده وسد أبواب التنازع، ووجوب أن يتقدم كل من يرى لنفسه حقاً إلى القاضي، حتى لا يعمد كل أحد إلى أخذ أموال الآخرين بادعاء الظفر بحقه. والخلاف بين الفقهاء في مسألة الظفر مبناه على الاختلاف في تغليب إحدى المصلحتين والترجيح بينهما. وينقل ابن اللحام اختلاف الحنابلة بقوله: (مسألة الظفر اختلف العلماء فيها. فمنهم من قال بعدم الجواز بكل حال، وهو قول مجاهد والحسن وعطاء الخراساني، ومالك في رواية وأحمد. واحتج أحمد في مواضع بقول النبي ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك». واستدلاله بالحديث يدل على ثبوته. ولهذا جعله القاضي رواية عنه بثبوت الحديث. وهو يخالف رواية منها عنه بإنكاره. واحتج أيضاً بأنه «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه».

(وأما من قال بالجواز فلقوله ﷺ: لهند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف». وهو قول الشعبي وعكرمة وابن سيرين والنخعي ومالك في المشهور عنه والشافعي وأبي ثور. وخرجه بعض أصحابنا رواية عن أحمد في جواز أخذ الزوجة من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف. وقد نص أحمد على التفريق بينهما فلا يصح التخريج المذكور، وأشار إلى الفرق بأن المرأة تأخذ من بيت زوجها، يعني أن لها يداً وسلطاناً على ذلك، وسبب النفقة ثابت وهو الزوجية فلا تنسب إلى الخيانة. وعكس ذلك طائفة من الأصحاب وقالت: إذا ظهر السبب لم يجز الأخذ بغير إذن لإمكان البينة عليه، بخلاف ما إذا خفي عليه فإنه يتعذر وصول حقه إليه حينئذ بدون الأخذ خفية. وأجاب القاضي أبو يعلى عن حديث هند: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف بجوابين: أحدهما: أن الأخذ هنا لإحياء النفوس، ولذلك جاز بدون إذن، كأخذ المضطر مال غيره. الجواب الثاني: أن قوله خذي حكم فتيا، ومع حكم الحاكم يجوز الأخذ بغير إشكال. وقد أشار أحمد في رواية حرب إلى الفرق بين الأخذ من الأمانات كالودائع، ومن غير الأمانات. فقال في الأمانات لا يأخذ للأمر برد الأمانات إلى أهلها. وقال في غير الأمانات فيه اختلاف وكأنه كرهه)[33].

وتُعَبِّر هذه التخوفات التي أبداها من كره الاستيلاء على الحق وأخذه خارج إطار التنظيمات القضاية والإجراءات المحددة شرعاً عن الالتفات إلى أهمية الحفاظ على هذه التنظيمات والإجراءات وعدم تجاوزها في أخذ الحقوق. لكن يبدو أن الاتجاه إلى كراهية الظفر بالحق هو الذي رجحه فقهاء المذهب الحنبلي؛ ففي كشاف القناع أن (من له على إنسان حق لم يمكن أخذه منه بحاكم وقدر له، أي للمدين، على مال لم يجز، أي يحرم على رب الحق في الباطن أخذ قدر حقه. لقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من أئتمنك ولا تخن من خانك». ولأن التعيين والمعاوضة لا يجوز بغير رضا المالك.. لكن لو غصب ماله جهراً

---

(33) القواعد والفوائد الأصولية: ص 308 وما بعدها.

أو كان عنده عين ماله فله أخذ قدر المغصوب جهراً)[34] . واشترط بعضهم ألا يفضي الأخذ في هذين الاستثناءين إلى الفتنة واشتداد النزاع[35].

وقد تردد الأحناف في حكم الظفر بالحق كذلك، لكن رجح البعض حرمته، ففي الفتاوى الغيائية أن (من له على آخر دين فأخذ من ماله مثل حقه صار غاصباً، لأنه أخذ بغير إذنه، ويصير ما أخذه قصاصاً بما له عليه. قال الصدر الشهيد: المختار أنه لا يصير غاصباً، لأنه أخذ بإذن الشرع. ولو أخذ ذلك غير صاحب الدين ودفعه إليه، قال محمد بن سلمة: المغصوب منه بالخيار: إن شاء ضمَّن الآخذ وإن شاء ضمَّن صاحب الدين، لأن الأول غاصب والثاني غاصب الغاصب، أو غير غاصب لكن المال مضمون عليه. فإن اختار تضمين الأول الآخذ لم يصر قصاصاً بدينه. وإن اختار تضمين صاحب الدين صار قصاصاً. وقال نصير رحمه الله: لا خيار، ويجعل الآخذ كالمعين لصاحب الدين على أخذه حقه. وما قاله نصير أليق بالقول المختار الذي ذكرناه، وعليه الفتوى)[36]. وقد ذكر ابن عابدين اختلاف متقدمي الأحناف ومتأخريهم في حكم الظفر، ونسب إلى المتقدمين القول بحرمته وإلى المتأخرين ترجيح جوازه، مفسراً هذا الاختلاف بأنه اختلاف أزمنة بقوله: (عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان في زمانهم لمطاوعتهم في الحقوق. والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أي مال كان، لا سيما في ديارنا لمداومتهم للعقوق:

عفاء على هذا الزمان فإنه زمان عقوق لا زمان حقوق
وكل رفيق فيه غير مرافق وكل صديق فيه غير صدوق[37]

ومشهور مذهب مالك أنه لا حق للدائن في أخذ عين ماله أو جنسه إلا بقضاء. وحديث هند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» محمول على أنه كان حكماً قضائياً للنبي ﷺ. وقد انتصر خليل لهذا الرأي في باب الوديعة، فنص على أنه لا يجوز للمودَع الأخذ من وديعة من ظلمه بإنكار مثلها. وحجة أصحاب هذا الرأي أنها (دعوى في مال على معين فلا يدخله إلا القضاء)[38]. والاتجاه الآخر في المذهب أنه يجوز لمن ظفر بجنس حقه أو بعينه أن يأخذه بشروط أربعة:

1 ـ أن يأمن الآخذ على نفسه العقوبة بضرب أو حبس أو قطع.

(34) كشاف القناع: 357/6.

(35) السابق، ومختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ص: 906.

(36) الفتاوى الغيائية لداود بن يوسف الخطيب: ص 119، وانظر مجمع الضمانات: ص 125.

(37) حاشية ابن عابدين: 220/3.

(38) تهذيب الفروق والقواعد السنية لمحمد علي بن حسين: 207/1، والفروق: 208/1.

2 ـ أن تؤمن الفتنة.
3 ـ أن يأمن الغاصب نسبة نفسه إلى ارتكاب جريمة من الجرائم كالغصب والسرقة.
4 ـ إذا كان المأخوذ منه ملدًا في إنكار الحق ظالماً[39].

ويرجح هذا الرأي عدد من كبار علماء المذهب، كاللخمي وابن يونس وابن رشد والمازري والزرقاني والبناني[40].

ومذهب الشافعية أن للمالك أخذ ماله من غاصبه، سواء ظفر بعين ماله أو بجنسه أو بغير جنسه. ويستدلون لمذهبهم بقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ (الشورى: 40) وبقوله: ﴿ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل﴾ (الشورى: 41) وبقوله: ﴿والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون﴾ (الشورى: 39). ويستدلون كذلك بحديث هند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، ويرون أنه كان إفتاء من النبي ﷺ لا قضاء، (لأن أبا سفيان كان آنذاك بالمدينة، والقضاء على الحاضر من غير إعلام ولا سماع حجة لا يجوز فيتعين أنه فتوى)[41].

وترشد حكاية هذه الآراء إلى الأمور التالية:
1 ـ جواز أخذ الحق عند الظفر به ديانة؛ فلا يعد الآخذ لحقه غاصباً أو كالغاصب.

2 ـ اشتراك المذاهب الفقهية في التردد بين تغليب مصلحة حفظ المال لصاحبه بتسليطه عليه وبين تغليب مصلحة حماية صاحب المال من التعرض للأذى والعقاب ودفع الأضرار المحتملة الوقوع إذا ترك الاستيفاء لكل أحد.

3 ـ مذهب المالكية بهذه الشروط التي ضبطوها والتي عبر عنها بعض فقهاء المذهب الحنفي أولى بالقبول فيما يظهر لي، لاجتماع النظر فيه إلى مصلحة المالك بحفظ ماله وحمايته من وقوع الضرر به.

434 ـ ويتبدى هذا التردد في نظرة القانون الإنجليزي إلى الظفر بالحق **Self Help** حسبما اتضح فيما سبق[42]. ويعتبره البعض أسلوباً عتيقاً للوصول إلى الحق في المجتمعات التي لم تتطور نظمها القانونية والقضائية. وإذ تتقيد مسألة الظفر في الفقه بالمنقولات فإنها تشمل في القانون الإنجليزي صوراً عديدة يرجع بعضها إلى العقارات، ولا تتضح علاقتها بجبر الضرر في هذا القانون وضوحها في الفقه.

(39) السابق وحاشية الدسوقي: 431/3.

(40) تهذيب الفروق: 207/1.

(41) تهذيب الفروق: 207/1، وانظر المهذب: 282/2.

(42) ص 150 من هذا البحث.

ومن صور الاعتماد على الذات لنيل الحق في العقارات أن يقوم المالك بطرد الغاصب(43). ولا يخفى أن من يعمد إلى طرد أحد دون أن يستند إلى حق من حقوق الملكية فإنه يكون متعدياً. وقد حكم لهذا بتعدي اللاعبين الذين أجبروا أحد زملائهم على مغادرة أرض الملعب بعد أن رفض الامتثال لأوامر مدربه له بالخروج، وذلك في قضية Collins V. Renison (1754 م). وإنما حكم بتعديهم بناء على أنهم لا يملكون هذه الأرض التي كانوا يلعبون عليها، ومن ثم لم يكن لهم حق في إجباره على الخروج منها(44). وقد اتجه القانون الإنجليزي إلى تجريم استخدام القوة في إجبار أحد على الخروج من أرض أو عقار، ولو لم يكن لهذا الذي يراد إخراجه أي سند قانوني. وهذا هو ما أخذ به القانون الجنائي الصادر عام 1977(45). ويوجب هذا القانون الذهاب إلى المحكمة بدلاً من اللجوء إلى القوة لإجبار واضع اليد على العقار دون سند قانوني على مغادرته والخروج منه. ولا حق للمالك في انجلترا منذ عام 1965 في إجبار المستأجر على الخروج من العقار المؤجر، ويعد متعدياً بمحاولته ذلك.

ولعل القانون العرفي أقل بغضاً للاعتماد على القوة لنيل الحق في المنقولات. ويعترف القانون الأمريكي فيما يبدو بحق المغصوب في الملاحقة الساخنة Hot Pursuit للغاصب أو من انتقل إليه المال بعد غصبه. ومع ذلك فإن الموقف في انجلترا فيما يتعلق بنيل الحق في المنقول ذاتياً يتسم بقدر غير قليل من الغموض فيما يلاحظ Lawson(46). ويرجع هذا الغموض فيما يبدو لي إلى الرغبة في مراعاة حق المالك في متابعة غاصبه، وخاصة في المنقولات التي يفر بها غاصبها ويغيب عن عين المالك في المجتمعات الصاخبة الحديثة ويؤدي تكليفه بالذهاب لقسم الشرطة إلى إعطاء الغاصب فسحة من الوقت لتغييب المال وإخفائه. وتتداخل هذه الرغبة مع الخوف مما يؤدي إليه إعطاء كل واحد الحق في تنصيب نفسه حكماً يقضي لنفسه ويأخذ من أموال الآخرين ما يراه حقاً له. وتؤدي الموازنة بين حق صاحب المال وتضرره بمنعه من الظفر بحقه وبين الاضطراب العام الذي سينشأ لو نصب كل واحد نفسه قاضياً إلى تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. ولذا ينتهي Lawaon إلى أنه لا يجد سنداً من نص أو سابقة في القانون العرفي الانجليزي تؤيد مبدأ الظفر بالحق(47).

---

(43) Remedies of English Law, lawson, p.1.

(44) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 221.

(45) Criminial Law Act 1977.

(46) Remedies of English Law, P.28.

(47) السابق: ص 29.

ولا يبعد هذا التردد كثيراً عما أحس به الفقهاء المسلمون في خصوص هذه القضية حسبما سبق بيانه.

المبحث الثاني: ضمان المثل أو القيمة

435 - وجوب الضمان: إذا تعذر رد العين المغصوبة أو تلفت بدون غصب أو كان المغصوب منفعة لا عيناً فإن الواجب هو المثل أو القيمة. وينحصر مفهوم الضمان عند البعض كما تقدم في هذه الأحوال التي يتعذر فيها رد أعيان الأموال. وقد سبق أن تعذر رد العين يكون لتلفها أو تعيبها عيباً فاحشاً أو تغيرها تغيراً أزال المنفعة المقصودة منها، أو أهم أوصافها، أو إذا اختلطت بغيرها، أو إذا اختار المالك تضمين المثل أو القيمة في الأحوال التي يجوز له فيها هذا الاختيار.

ولا خلاف على هذا القدر بين الفقهاء. وقاعدة الضمان عند جمهورهم وجوب المثل إن كان المغصوب أو التالف مثلياً وقيمته إن كان قيمياً. وطبقاً لهذا الرأي لا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا إذا تعذر المثل لانقطاعه أو لكون المال الفائت من غير المثليات، وذلك للضرورة. ومع هذا فإن السرخسي يذكر رأياً لمن أسماهم بنفاة القياس الذين أجازوا دفع القيمة مطلقاً عند فوات العين، سواء كانت من المثليات أو القيميات. وأذكر عبارته لأهمية هذا الرأي. يقول: (المغصوب إذا كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون فعليه المثل عندنا. وقال نفاة القياس عليه رد القيمة، لأن حق المغصوب منه في العين والمالية، وقد تعذر إيصال العين إليه فيجب إيصال المال إليه. ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية، ومالية الشيء عبارة عن قيمته)[48].

وقد أجمل ابن حزم آراء العلماء في الواجب في المثليات بقوله: (وأما القضاء بالمثل فإن المتأخرين اختلفوا، فقال بعضهم: لا يعطى إلا القيمة في كل شيء. روينا من طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن أبي إسحاق الشيباني فيمن استهلك حنطة أن له طعاماً مثل طعامه. قال سفيان وقال غيره من فقهائنا: له القيمة. وقال أبو حنيفة ومالك: أما ما يكال أو يوزن فعليه مثله من نوعه، وأما ما عدا ذلك من العروض والحيوان فالقيمة. وقال أصحابنا: المثل في كل ذلك ولا بد، فإن عدم المثل فالمضمون له مخير بين أن يمهله حتى يوجد المثل وبين أن يأخذ القيمة. قال أبو محمد: هذا هو الحق الذي لا يجوز خلافه)[49]. ولعل بعض أصحاب ابن حزم الذين ينكرون وجوب المثل هو الذين عناهم السرخسي بعنوان (نفاة القياس) الذين عزا إليهم هذا الرأي.

---

(48) المبسوط للسرخسي: 11/ 50.

(49) المحلى: 8/140.

436 ـ اختلاف العلماء في وجوب المثل: تفيد العبارات السابقة لكل من السرخسي وابن حزم اختلاف العلماء في مبدأ إيجاب المثل واتجاه طائفة من الفقهاء إلى إيجاب القيمة مطلقاً إذا تعذر رد العين. ويسم السرخسي هذه الطائفة بأنها من نفاة القياس، فهل يدل هذا الوصف على أن إيجاب المثل لم يثبت بالنص عليه، وإنما ثبت بالقياس؟ الإجابة فيما يلي:

يذهب جمهور العلماء إلى أن الواجب إذا تعذر رد العين هو المثل إذا كانت العين من المثليات. وتعرف المادة 145 من مجلة الأحكام العدلية المثلي بأنه: (ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به). وتوضيح هذا التعريف في المادة 1119 من المجلة نفسها، حيث جاء فيها: (المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات. لكن الموزونات المختلفة باختلاف الصنعة كالآنية المشغولة باليد قيمية. وكذلك كل مثلي خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتمييز كحنطة خلطت بشعير. أما المذروعات التي تباع كل ذراع بكذا ولا تفاوت بين أفرادها كالجوخ من جنس واحد والأقمشة من مصنوعات المعامل فمثلية. والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين أفرادها تفاوت بالقيمة كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر قيمية، وكتب الخط قيمية، وكتب الطبع مثلية).

437 ـ وشروط تعين الواجب في رد المثل عند أولئك ثلاثة:

الأول: كون المغصوب من المثليات. ويتضمن هذا الشرط أن تكون العين المغصوبة أو التالفة من هذه الأصناف التي تقدم ضابطها، وهو عدم التفاوت بين أفرادها. ويتضمن هذا الشرط كذلك أن تكون هذه العين بحالة المثلية، فلو استخدمت السيارة فترة حتى تغيرت صفاتها النمطية لم تعد من المثليات.

الثاني: تعذر رد العين لسبب من الأسباب المشار إليها آنفاً.

الثالث: عدم انقطاع المثل وتوافره في الأسواق بأثمانه المألوفة. ولا يبعد أن يأخذ المثلي حكم القيمي عند الجمهور إذا ندر وجوده وارتفع ثمنه ارتفاعاً فاحشاً. ومن الانقطاع كذلك أن يوجد في الأسواق البعيدة التي لا يذهب إليها أهل المحلة التي وقع فيها التعدي.

438 ـ والأدلة التي استند إليها القائلون بوجوب رد المثل في المثليات عديدة. من بينها قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (البقرة: 194). وقد ذكر القرطبي استدلال العلماء بهذه الآية على وجوب المثل، وأنه لا يعدل عنه إلى القيمة إلا إذا تعذر رد المثل[50]. ومما استدلوا به عموم قوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم

(50) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: 357/2.

فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ (النحل: 126)، وقوله: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ (الشورى: 40). ولعل أقرب الأدلة إلى إيجاب المثل من القرآن قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ (المائدة: 98)، إذ تفيد بمنطوقها إيجاب مثل الحيوان المصيد في الحرم. ومع ذلك فإن المعتبر في المذهب الحنفي أن الحيوان ليس من المثليات [51].

وأدلتهم من السنة ما جاء عن أنس قال: (أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام وإناء بإناء»، رواه الترمذي وصححه، وهو بمعناه لسائر الجماعة إلا مسلماً. وعن عائشة أنها قالت: «ما رأيت صانعة طعاماً مثل صفية، أهدت إلى النبي ﷺ إناء من طعام فما ملكت نفسي أن كسرته. فقلت يا رسول الله ما كفارته؟ قال إناء كإناء وطعام كطعام». رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي [52]. وفيه دلالة على ضمان مثل ما هلك.

أما الاستدلال من المعقول على هذا المذهب فيوضحه قول السرخسي: (المثل نوعان: كامل وقاصر، فالكامل هو المثل صورة ومعنى، والقاصر هو المثل معنى، أي في صفة المالية، فيكون الواجب عليه هو المثل التام إلا إذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفاً عن المثل التام في كونه واجباً عليه.. ولأن المقصود هو الجبران، وذلك في المثل أتم، لأن فيه مراعاة الجنس والمالية، وفي القيمة مراعاة المالية فقط، فكان إيجاب المثل أعدل إلا إذا تعذر ذلك بالانقطاع من أيدي الناس فحينئذ يصار إلى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة)[53]. ويرشد هذا التعبير النظري المجرد عن المصالح التي أراد القائلون بإيجاب المثل تحقيقها إلى أنهم توخَّوْا تحقيق العدالة التامة الكاملة بين الضرر والتعويض عنه، وهو ما لا يتحقق على هذا النحو بإيجاب القيمة. وإذا حاولنا التعبير عن هذا المعنى بلغة عملية أقرب إلى حساب التكلفة والموازنة بين ما فات على المتضرر وبين ما يأخذه فإن من الواجب الالتفات إلى ما يتحمله المشتري من نفقة في النقل والذهاب إلى الأسواق والدلالة وغيرها، فكان في إيجاب المثل تحميل هذه التكاليف على المتعدي، وهو أحق بالحمل عليه، بخلاف ما لو أوجبنا قيمة التالف على المتعدي وقت إتلافه، حيث لا ينظر في تحديد هذه القيمة إلى تكلفة الشراء من دلالة (سمسرة) ونقل وركوب ووقت، وغير ذلك مما يجب اعتباره عند تقدير قيمة ما فات على المتضرر بإتلاف العين. وكلنا يعرف كم نتكلف في شراء السلع التي نريدها من أموال وجهد، فكان إيجاب المثل على المتعدي إلقاء بتكلفة شراء التالف عليه. ويجب تفسير القيمة الواجبة في غير المثليات بما يشمل عناصر التكلفة جميعها.

---

(51) الهداية: 72/3.

(52) نيل الأوطار: 70/6.

(53) المبسوط: 50/11.

439 - ولا يسلم النافون لوجوب المثل بدلالة الآيات والأحاديث على القول بالوجوب. ويتيسر استظهار ما التفت إليه هؤلاء بإدراك أن المثلية التي عنتها النصوص الشرعية عام يشمل رد عين مماثلة أو قيمة هذا العين. ولا يخفى هذا المعنى على أحد، فالقائلون بوجوب عين المثل في المثليات يعتبرون القيمة مثلاً في المعنى، طبقاً للتقسيم الذي ذكره السرخسي ويتردد عند غيره. ومن جهة أخرى فإن دلالة المثل الوارد في الآيات والأحاديث على القيمة يتأكد بالنظر إلى تعلق هذا الإيجاب بما ليس له مثل، كما في الحيوان المصيد، طبقاً لما سلفت الإشارة إليه. وكذلك فإن الروايات المتعددة لحديث أنس تدل على أن الطعام الذي وقع كان طعاماً مطبوخاً، فليس من المثليات، ولذا فهم بعض العلماء أن حكم النبي ﷺ برد طعام بدل الطعام الواقع وإناء بدل الإناء المكسور (من باب المعونة والإصلاح دون بت الحكم بوجوب المثل فيه، لأنه ليس له مثل معلوم. قال الحافظ: وفي طرق الحديث ما يدل على أن الطعامين كانا مختلفين)[54]. أما العدالة المطلقة أو التامة الكاملة التي سعى القائلون بوجوب المثل إلى تحقيقها، بالمفهوم السابق ذكره، فيتيسر إدراكها بتفسير القيمة الواجبة في إتلاف المثليات وغير المثليات تفسيراً يشمل ثمن العين التالفة وتلكفة شراء بديل عنها، أو ما تحمله المتضرر في شرائها. ولا يبعد هذا عن منطق الفقهاء المسلمين بالرجوع إلى أوجه التكاليف التي تدخل عندهم في حساب قيم المبيعات في بيوع الأمانة: المرابحة والإشراك والتولية.

440 - وأرجح وجوب القيمة إذا تعذر رد العين، بحيث تشمل هذه القيمة تكلفة الشراء أيضاً، إلا إذا اقتضت العدالة إيجاب رد المثل ولم يكن في إيجاب القيمة ما يحقق هذه العدالة. من ذلك أن غصب أسهم في شركة ونقل ملكيتها إلى طرف ثالث قد يؤثر على حق مالك الأسهم في انتخاب مجلس إدارة هذه الشركة وتحديد أسلوب عملها مما قد يضر بمركزه المالي ضرراً بالغاً، ولا يستطاع جبر هذا الضرر في أحيان كثيرة بمجرد إيجاب قيمة الأسهم فيكلف المتعدي لهذا برد مثل هذه الأسهم رفعاً للضرر وتحقيقاً للعدل.

أما في الأحوال الأخرى التي يتيسر فيها مقابلة الضرر بالقيمة فلا بأس بإيجابها، لأن المقصود هو رفع الضرر فيلتفت إلى ما يتحقق به. ومن الناحية العملية فإن الحكم بوجوب رد المثل على مذهب القائلين بوجوبه خاص بالمكيلات والموزونات والمذروعات المحتفظة بأوصافها العامة. أما المنتجات الأخرى كالثياب والسيارات والبضائع الكهربائية فقد تلتحق بالمثليات إلا إذا تغيرت بعض أوصافها النمطية بقدم أو استعمال أو تعديل فتخرج من المثليات وتلتحق بالقيميات. وإذ ينص الفقهاء على جواز أخذ المغصوب منه

(54) نيل الأوطار: 72/6.

القيمة بدل المثل إذا رضي به الغاصب[55] فيجوز إلزامها بالقيمة بحكم القاضي عليهما، خاصة في أحوال اختلافهما في صفات العين الفائتة بالغصب أو الإتلاف.

وإذا أوجب القاضي المثل وأداه وسعره أرخص مما كان عليه وقت الغصب أو الإتلاف لم يجب عليه شيء في مقابل فارق السعر لأدائه ما وجب عليه. والمرجوح في المذهب المالكي الرجوع إلى القيمة منعاً للإضرار بالمغصوب منه[56].

441 ـ رد المثل في القانون العرفي: لا يوجب القانون الانجليزي رد المثل Specific Substitution إلا في أحوال نادرة، ولا تلجأ المحاكم إلى القضاء به في انجلترا في الظروف المعاصرة طبقاً لما يراه Lawaons. وترتد القضايا التي حكمت فيها المحاكم الانجليزية برد المثل إلى ما قبل صدور قانون الإصلاح Reform Bill عام 1832 . وقد أعادت المحاكم الأمريكية فيما يجدر الالتفات إليه الحكم برد المثل في هذه الأيام، وخاصة في تلك الظروف التي لا يرتفع فيها الضرر بدفع القيمة. من ذلك حصول المدعى عليه بأسلوب غير مشروع على أسهم المدعي في شركة من الشركات حسبما تقدم ذكره قبل قليل. وتكاد تكون هذه هي الصورة الوحيدة التي يقضى فيها في الآونة الأخيرة بوجوب رد المثل في المحاكم الأميركية. وترجع بعض القضايا التي أصدرت فيها المحاكم الانجليزية برد المثل إلى أوائل القرن الثامن عشر، حيث كانت المحاكم تلزم الأمين على الأرض، إذا تصرف فيها بالبيع لمن لا يعرف حقيقة حيازته ويظنه مخولاً في بيعها، بأن يشتري أرضاً أخرى تماثل تلك التي تصرف فيها في القيمة. وفي فترة لاحقة صدرت أحكام تلزم الوكلاء برد مثل ما تصرفوا فيه من الأموال المنقولة لموكليهم بدون إذن منهم[57].

ويتضح من هذا كله الأمران التاليان:

أولهما: الاعتراف بوجوب رد المثل على المستوى النظري التشريعي أمر لا غنى عنه، وقد يتعين أسلوباً لرفع الضرر.

والثاني: القضاء به في المحاكم على المستوى التطبيقي أقل بكثير من القضاء بجبر الضرر باتباع الوسائل الأخرى، كرد العين أو دفع القيمة.

442 ـ وجوب القيمة وتقديرها في المثلي المنقطع: تجب القيمة عند من أسماهم السرخسي بنفاة القياس إذا تعذر رد العين حسبما تقدم بيانه، لا فرق بين ما كان من المثليات أو القيميات في ذلك. أما جمهور الفقهاء فيرون أن القيمة تجب بهذه الشروط:

---

(55) الخرشي: 133/6.

(56) السابق: 133/6.

(57) Remedies of English Law, F.H. Lawson, p. 209-210.

(أ) أن يتعذر رد العين.

(ب) أن تكون العين الفائتة من القيميات. وتعريف القيمي، كما جاء في المادة 146 من العدلية: (ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة). ومنه الدور والأشجار والحيوانات.

(جـ) أن ينقطع المثل إذا كانت من المثليات.

وفيما يلي بيان أقوال العلماء في حكم انقطاع المثلي:

مذهب الأحناف، والشافعية، والحنابلة، والإمامية أن القيمة هي الواجبة إذا تعذر رد المثل بانقطاعه.

أما المالكية فقد أوجبوا في انقطاع المثلي أن يصبر المغصوب منه إلى حين وجود المغصوب إن كان له موسم وإبّان، وإن لم يكن له إبّان أخذ قيمته التي كانت له يوم انقطاعه[58].

وعلى الرغم من اتفاق الجمهور على وجوب القيمة عند انقطاع المثلي فقد اختلفوا اختلافاً كبيراً في كيفية احتساب هذه القيمة، فذهب أبو حنيفة إلى تقديرها على أساس السعر السائد في السوق يوم الخصومة على حين ذهب أبو يوسف إلى تقديرها بالنظر لما كانت عليه يوم الغصب، واعتبر محمد القيمة وقت الانقطاع. وجه قول محمد أن الغصب أوجب المثل على الغاصب، والمصير إلى القيمة للتعذر، والتعذر حصل بسبب الانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت. وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب، والحكم يعتبر من وقت وجوب سببه. وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن الواجب كان مثل المغصوب، وبالانقطاع عن أيدي الناس لم يبطل الواجب.. ألا ترى أن للمالك أن يختار الانتظار إلى وقت إدراكه..؟ وإذا بقي المثل واجباً بعد الانقطاع فإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة). [59] ويوافق المالكية محمد بن الحسن في احتساب قيمة المثلي المنقطع حسبما تقدم. أما الشافعية فيقدرون قيمة المغصوب أو التالف بالنظر إلى أقصى قيمة بلغها من وقت الغصب إلى وقت الانقطاع، لكونه كان مأموراً برد عين المغصوب أو مثله كل لحظة إلى حين تعذر المثل وانقطاعه، إذ الدوام كالابتداء، طبقاً للقاعدة الفقهية[60]. وهو مذهب بعض المالكية كابن وهب وأشهب وعبد الملك[61].

---

(58) حاشية الدسوقي: 444/3، والخرشي: 133/6.

(59) البدائع: 151/7.

(60) نهاية المحتاج: 163,161/5.

(61) الموافقات للشاطبي: 160/3.

ومذهب الحنابلة في المثلي إذا انقطع أن الواجب هو قيمته يوم انقطاعه[62]. وقيل بوجوب القيمة يوم الإتلاف إن تلف بدون غصب أو يوم الغصب إن أتلفه بعد غصبه، وهو مذهب الإمامية[63].

443 ـ تقدير القيمة في القيميات: إذا تعذر رد العين لتلفها أو تغير صفاتها ولم تكن من المثليات فإن الواجب هو القيمة. أما كيفية التقدير فقد اختلف العلماء في ضبطها اختلافا بعيد المدى. وفيما يلي إجمال آرائهم:

(أ) مذهب الأحناف النظر إلى القيمة يوم الغصب أو التلف إن لم يكن غصب، لأن الضمان يجب بالغصب إن حدث التلف بعده، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه. ولا يتغير التقدير بعده بتغير الأسعار، لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان. وتجب القيمة في الإتلاف دون غصب بالنظر إلى الوقت الذى حدث فيه السبب الموجب للضمان كذلك[64]. وهو مذهب المالكية والراجح من مذهب الإمامية[65]. ويقتضي هذا المذهب عدم الضمان بتغير الأسعار.

(ب) الراجح في المذهب الحنبلي تقدير قيمة المغصوب أو التالف بالرجوع إلى ما كان عليه وقت التلف، لأنه هو الوقت الذي تعذر فيه رد العين وانتقل فيه الضمان إلى القيمة فتقدر بذلك. جاء في الإنصاف: (وإن لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده. وهذا المذهب نقله الجماعة عن أحمد. قال الحارثي: وهو الصحيح والمشهور. وقال الزركشي: هذا المشهور والمختار عند الأصحاب)[66].

(جـ) أما مذهب الشافعية فالنظر فيه إلى وجوب أعلى قيمة للمغصوب من يوم غصبه إلى حين تلفه. وإذا انتقل به الغاصب إلى أماكن متفرقة وجبت أعلى قيمة للمغصوب في الأماكن التي وجد فيها[67]. ومعناه أنه لو غصب متاعاً قيمته مائة فارتفع سعره في السوق إلى مائتين ثم انخفض يوم التلف إلى ثمانين لزمته المائتان، لأنه كان مطالباً بالرد عند ارتفاع سعره؛ فثبت في ذمته بهذه القيمة فلا يبرأ إلا برد العين أو الوفاء بما ثبت في الذمة. ويقتضي هذا المذهب ضمان ارتفاع السعر في أحوال وجوب القيمة، بخلاف أحوال وجوب رد العين أو رد المثل فإنه لا يكلف إلا بالرد دون التفات إلى السعر. ووجه الفرق فيما يظهر بوضوح

---

(62) المبدع: 181/5.

(63) شرائع الإسلام: 239/3.

(64) تبيين الحقائق: 223/5، والهداية: 12/4، والبحر الرائق: 125/8، والبدائع: 151/7.

(65) الخرشي: 136/6، وشرائع الإسلام: 239/3.

(66) الإنصاف للمرداوي: 194/6. وانظر المبدع: 182/5، وكشاف القناع: 108/4.

(67) المهذب: 368/1، والمجموع للنووي: 228/14، ونهاية المحتاج: 121,119/4، ومغني المحتاج: 283/2.

أو وجوب القيمة له تعلق بالأسعار وارتفاعها أو انخفاضها، بخلاف الوجوب العيني أو المثلي فإنه متعلق بالأشياء لا بأسعارها. ويتفق هذا المذهب للشافعية مع الرأي المرجوح عند المالكية والحنابلة والإمامية[68].

444 ـ قيمة المنافع: تقدم ذكر الخلاف بين المذاهب في ضمان المنافع وترجيح ضمانها مطلقاً، سواء كانت منفعة مال أو عمل. وتقدر قيمة المنفعة مستقلة عن قيمة العين، بحيث لا يجري التداخل بينهما، لأن كلاً منهما قد وجب بسبب خاص به. وقد نص الحنابلة، طبقاً لما تقدم[69]، على أن من غصب دابة فشردت أن يرد قيمتها وأجرتها إلى حين رد القيمة. وهو قياس مذهب القائلين بضمان المنافع.

وتحتسب قيمة المنفعة بالرجوع إلى أجر المثل، كما في الإجارات الفاسدة التي يبطل فيها الأجر المسمى، ويجب بدلاً عنه أجر المثل. وفي المادة 459 من مجلة الأحكام العدلية النص على هذا الضابط في التقدير، ولفظها: (لا تلزم الأجرة في الإجارة الباطلة بالاستعمال، لكن يلزم أجر المثل إن كان مال الوقف أو اليتيم. والمجنون في حكم اليتيم). وأجر المثل في تعريفه الذي تضمنته المادة 414 من هذه المجلة هو: (الأجرة التي قدرها أهل الخبرة السالمين من الغرض). ولا يشترط لضمان المنافع الإفادة منها أو الانتفاع بها، فتضمن بالتفويت والفوات عند الشافعية والحنابلة حسبما تقدم. وقد تضمنت المادة 979 من القانون المدني المصري الحكم بهذا المعنى. ولفظها: (يكون الحائز سيىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار).

ومن حق مالك الشيء التالف أن يطالب المتعدي بقيمته وأجرته من وقت تلفه إلى وقت دفع القيمة، حيث يتمكن بعدها من شراء بديل لهذا الشيء فينتهي وجوب دفع الأجرة حينئذ.

445 ـ أرش النقصان: ترجح فيما تقدم وجوب إلقاء المسئولية عن النقصان بأنواعه المختلفة على المتسبب فيه، سواء رجع هذا النقصان إلى تراجع السعر وانخفاض القيم أو إلى فوات الجزء أو الصفة أو إلى فوات معنى مرغوب فيه[70]. وهذا هو التلف الجزئي الذي يجب به أرش النقصان. يقول الكاساني: (هلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضموناً بقدره لما ذكرنا أن ضمان الغصب ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات)[71]. وفي مختصر الطحاوي أنه (إذا نقص المغصوب عند الغاصب في يديه فعلى

(68) الموافقات: 160/3، والإنصاف: 195/6، وشرائع الإسلام: 239/3.

(69) ص 129 فيما سبق.

(70) ص 134 وما بعدها فيما سبق.

(71) بدائع الصنائع: 155/7.

الغاصب ضمان قيمة نقصانه للمغصوب منه يردها مع المغصوب على المغصوب منه)[72]. وفي المادة 917 من مجلة الأحكام العدلية أنه (لو أطرأ أحد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة). وكيفية حساب أرش النقصان أن يقوم الشيء سليماً قبل طروء هذا النقصان ثم يقوم بعده، ويكون الفارق بينهما هو الأرش. ولهذا لو جار على أرض جاره وضم بضعة أمتار في مبناه فإن الواجب عليه هو دفع قيمة هذه الأمتار أولا، ثم ينظر فيما نقصه انسلاخ هذه الأمتار من نقصان على أرض الجار بأن تقوم مع هذه الأمتار وبدونها فإن كان الفارق أكبر من قيمة هذه الأمتار اعتبر هذا نقصاناً ولزم الجائر قيمة النقصان الذي نشأ بفعله. وكذا لو (غصب ثوباً تنقص قيمته بالقطع فشقه نصفين، ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف، وهو قيمة نصف الثوب، أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، ورد الباقي وأرش ما نقص. لأنه نقص حدث بسبب تعديه فضمنه. فإن كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل أحدهما فصار قيمة الباقي درهمين.. تلزمه ثمانية، وهو المذهب، لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف، ونقص قيمة الآخر بسبب تعديه فلزمه ضمانه)[73]. وهكذا لا يتداخل أرش النقصان مع أرش التالف، كما لا يتداخل أرش التالف مع قيمة المنافع التي يجب اعتبارها في تقدير الجوابر.

446 ـ تقدير القيمة في القانون الانجليزي وما تشمله: لا يوجب القانون الانجليزي رد الأعيان Specific Recovery من حيث المبدأ لأسباب تاريخية وعملية رغم مجافاة ذلك القواعد العدالة، فإن اليد العادية ينبغي ألا تفيد ملكاً، كما أن هذا القانون لا يوجب رد المثل Specific Substitution إلا في أحوال نادرة طبقاً لما تقدم، وإنما يوجب بدلاً من ذلك دفع القيمة. ويترتب على دفع القيمة انتقال الملك إلى الغاصب[74] للأسباب التي استند عليها علماء المذهب الحنفي من قبل. أما بالنسبة للوقت الذي تحتسب قيمة التالف بالرجوع إليه فإن القاعدة العامة في القانون العرفي أن تحسب القيمة بالنظر إلى ما كانت عليه يوم الغصب[75]. ويصير الأمر بهذا وكأن المدعى عليه قد أجبر المدعي على بيع ملكه بسعره يوم غصبه له. ولا يخفى أن التقدير على هذا النحو سيكون مفيداً للمدعي إذا انخفض السعر في هذا التاريخ عما كان عليه وقت المحاكمة، كما أنه سيضر به إذا ارتفع السعر عما كان عليه في هذا التاريخ،ولما بدا التقدير على هذا النحو مجافياً للعدالة اتجهت المحاكم إلى إبداء استعدادها لتقدير القيمة بالنظر إلى وقت المطالبة إذا كان ذلك أفضل للمدعي. لكن محاكم نيويورك قد فضلت مؤخراً متابعة وجهة نظر تنم في رأي Lawson

---

(72) مختصر الطحاوي: ص 117.

(73) المجموع للنووي: 242/14.

(74) Remedies of English Law F.H.Lawson p. 124.

(75) The date of the Conversion.

عن ذكاء وخبرة، وذلك بإيجاب أقصى قيمة للمغصوب[76] من وقت تلفه أو غصبه إلى حين معرفة التلف أو الغصب والمطالبة بالرد[77].

وينشىء العدوان على منافع الأموال من العقارات والمنقولات الحق للمدعي في التعويض عن فواتها، ولو أنه لم يكن في حاجة إلى الانتفاع بها. ويستشعر البعض صعوبة صياغة ضابط لتقدير التعويض عن فوات المنافع. وإنما تقدر المحاكم هذا التعويض بالنظر إلى قيمة أجرة مثل[78] العين التي فاتت منافعها، أو ما كانت تدره هذه العين من ربح فترة تعطيلها إذا كانت من الأشياء المغلة للكسب أو الربح كسيارات الأجرة والجرارات الزراعية. ويوجب الاستيلاء على الأرض الزراعية فترة مناسبة لاستغلال أجرة مثلها في هذه الفترة فضلاً عن التعويض عن الأضرار الأخرى التي تنسب إلى هذا الفعل، كانتهاء موسم زراعتها بالمحاصيل المعهودة أو إجهادها ونقصها[79].

أما في التلف الجزئي فيلتفت إلى أن المدعي قد يفضل المطالبة بتكلفة الإصلاح أو الاستبدال. لكن الواجب ألا يجبر الضرر الواحد أكثر من مرة. ولذا لجأت المحاكم إلى تقدير التعويض في التلف الجزئي للأراضي والمباني بتقدير قيمتها قبل التعدي وبعده لإلقاء قيمة النقصان على المتعدي. وقد رئي أن هذا الأسلوب في تقدير الواجب أولى من تقديره بالنظر إلى قيمة الإصلاح Cost of Repair. أما في السفن فقد كان الأمر محيراً إلى حد كبير، حتى غلب الاتجاه إلى إيجاب قيمة الإصلاح، باعتبار أن ذلك هو الطريق العملي الأمثل لمعرفة النقص في القيمة. وقد لوحظ ارتفاع قيمة الشيء كالسفينة أو المبنى بعد الإصلاح فرئي أن تفرض قيمة الإصلاح مخصوماً منها ما زاده الإصلاح في قيمتها حتى لا يثرى المتضرر على حساب المتعدي[80].

ويلاحظ F.H.Lawson أن أكثر هذه الضوابط المتعلقة بتقدير التعويض في المباني والعقارات والسفن وما يماثلها من الأموال لم تظهر قبل القرن التاسع عشر[72]. وإذا كانت هذه الملاحظة صحيحة من الوجهة التاريخية فإن هناك احتمالاً أن يكون الفقه الإسلامي هو مصدر هذه الضوابط التي عرفها هذا الفقه منذ بداية تطوره. ولا يتيسر استبعاد هذا الاحتمال لسببين:

أولهما: التشابه في الصياغة، كما في ضابط أقصى القيم من حين الغصب أو التلف إلى وقت الحكم أو الدعوى، وكما في تحديد أرش النقصان بالنظر إلى الفرق بين قيمة الشيء معيباً وسليماً.

(76) The highest replacement value.

(77) Remedies of English Law, P.125.

(78) The cost of hiring substitute.

(79) السابق: ص 121.

(80) السابق: ص 120.

والثاني: ترجمة كتاب على الأقل من كل مذهب من المذاهب الفقهية الخمسة إلى اللغة الانجليزية في أواخر القرن الثامن عشر وفي القرن التاسع عشر، حسبما أوضحته في بحث مستقل[81]، مما يعكس وجود خطة كان الهدف منها هو التعرف على اتجاهات الفقه الإسلامي ومبادئه وتقديمها لمن يهمهم الأمر.

المبحث الثالث: الجوابر الخاصة

447 ـ تقديم: تتعين جوابر الضرر في الشريعة بالنظر إلى طبيعة الضرر من جهة وإلى مناسبة الجابر للمقصود منه وهو رفع الضرر، طبقاً للشعور السليم بالعدالة والقواعد الشرعية المتعلقة بالموازنة بين مصالح المدعي والمدعى عليه. وإذا كان رفع الضرر يعني اتخاذ الإجراءات المناسبة للعودة بالمتضرر إلى الحال التي كان عليها قبل وقوع الضرر ما أمكن، وخاصة في الأضرار المالية، فإن المتوقع أن يتناسب الجابر الذي يقرره القاضي مع الضرر، شفاء لنفس المتضرر ورفعاً لما عاناه. ومن المنطقي أن تتنوع الجوابر التي يجوز فرضها لتنوع الضرر وأن تشمل هذه الجوابر المالية السابقة ورد العين أو المثل، كما تشمل مجرد الاعتذار للمدعي على نحو يزيل ما علق بنفسه، أو إصلاح ما عيبه، أو الامتناع عن فعل يلحق الضرر بغيره كإثارة الدخان (كور حداد) أو إثارة الغبار والأتربة من التذرية في جرين يواجه بيوت الناس، وكالرغبة في تعلية البناء بما يمنع الضوء والشمس عن الغير، وكاتخاذ مجلس يواجه باب دار الغير. ولم يواجه الفقهاء المسلمون هذه الأضرار المتنوعة بجوابر أقل تنوعاً، ولذا وجدناهم يفرضون الجوابر المالية في الأضرار التي يمكن مقابلتها بالنقود ويتحقق رفعها بذلك. ومنها الديات والأروش والقيم ورد المثل وأرش النقصان وتكلفة الإصلاح وأجرة النقل وما إلى ذلك. أما الأضرار الأخرى التي لا تقابل بالنقود ولا ترفع بفرضها فيجب الالتفات إلى أن الفقهاء المسلمين قد أوجبوا جبرها بتكليف المدعى عليه بإتيان فعل أو بالامتناع عن فعل له تعلق بحدوث الضرر. ويجب أن نقرأ ما يقولونه عن منع المرء من اتخاذ ما يضر بجاره، أو منع الحداد من اتخاذ دكان في سوق البزازين أو المنع من بناء ميزاب يطل على الشارع على أنهم كانوا يقدمون بهذا أحد الجوابر الهامة في رفع الضرر.

448 ـ وتتضح في هذا الإطار الأهمية التي أولاها الفقه الإسلامي لرد العين أو رد المثل باعتبارهما وسيلتين كفيلتين برفع الضرر وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث التعدي. ويشبه الإلزام برد العين ورد المثل في ضمان التعدي الجبر على تنفيذ العقد وتسليم المعقود عليه في ضمان العقد من حيث الأمور التالية:

---

(81) تأثير الفقه الإسلامي في القانون الانجليزي للمؤلف، بحث منشور في العدد الثالث من مجلة دراسات عربية وإسلامية عام 1985.

(أ) الاستجابة لرغبة المدعي في رفع الضرر بالطريقة التي يتوقعها في الغالب. والمتوقع أن يرضي من طرد من أرضه بردها إليه. وإذا تضرر أحد برفض المدعى عليه تنفيذ العقد فالمعهود أن يرضي إذا أجبر الطرف الآخر على تنفيذ التزامه العقدي.

(ب) اقتضاء إشراف المحكمة أو القاضي على التنفيذ بالوسائل التي تتبعها في جبر المدين بالحبس أو الغرامة. ولا يخفى أن مجرد صدور أمر المحكمة لا يستلزم التنفيذ، كما أن من العسير إجبار أي أحد على فعل ما لا يريد. ويجب لهذا ألا تنهي المحكمة النظر في القضية بمجرد صدور القرار، وعليها أن تتأكد من التنفيذ عن طريق موظفيها، وإلا عاقبت المدعى عليه بعقوبة الحبس أو الغرامة أو غيرهما من العقوبات الشرعية، فليُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته كما جاء في الحديث.

(جـ) لا يمنع التنفيذ الجبري ولا رد العين حق المدعي في المطالبة بالتعويض المالي عن الأضرار التي لحقته بفعل المدعى عليه.

449 ـ وأناقش فيما يلي بعض أنواع الجوابر الخاصة من الوجهة الفقهية، لأهميتها في توضيح النظرة العامة للجوابر عند الفقهاء وهي:

(أ) الحكم المانع من الفعل، وهو الذي يلزم المدعى عليه بالكف عن التصرف الضار بالمدعي.

(ب) الحكم الموجب للتصرف على نحو يرفع الضرر عن المدعي.

(جـ) الحكم الإرشادي الذي لا يوجب على المدعى عليه أن يسلك سلوكاً معيناً، وإنما يكتفي القاضي بتوضيح موقف الخصوم بما يعين على توضيح حقوق كل منهم وواجباته وإنهاء النزاع بينهم.

وتشير المادة 171 من القانون المدني المصري إلى أن التعويض النقدي هو القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية وإن جاز للقاضي أن يحكم بأداء أمر معين على سبيل التعويض بما من شأنه أن يساعد على رفع الضرر. وهذا هو المعنى الذي نصت عليه الفقرة الثانية من هذه المادة. ولفظها: (يقدر التعويض بالنقد. على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع).

وما تعبر عنه هذه المادة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أداء أمر معين هو التنفيذ العيني الذي يقابل التعويض النقدي. وإذا كان التنفيذ العيني يأتي في مرتبة لاحقة للتنفيذ النقدي أو التعويض المالي في القوانين الحديثة، ومن بينها القانون المدني المصري، فإن الأمر على العكس من ذلك تماماً في الفقه الإسلامي، حيث يحتل التنفيذ العيني، أو ما يطلق عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أداء أمر معين لرفع الضرر، المكانة المتقدمة

في الفقه، أما التنفيذ النقدي فيحتل المرتبة الثانية عند اجتماعهما. ولذا يلزم الفقهاء برد العين، ويبرأ الحائز لها على خلاف إذن مالكها بردها له دون اشتراط رضاه بهذا الرد أو طلبه ذلك، لأنه هو الواجب الأصلي بالتعبير الفقهي. ولا يخفى أن هذا هو المنطق والعدل، طبقاً لما اعترف به عدد من القانونيين.

450 ـ ويرجع تقديم القوانين الغربية للتنفيذ النقدي على التنفيذ العيني إلى الجذور التاريخية لهذه القوانين، فقد كانت المحاكم الرومانية وخاصة في الفترة الكلاسيكية تفضل تغريم الطرف الممتنع عن تنفيذ العقد مقداراً من النقود حتى تستطيع التنفيذ عليه في الحال بأخذ هذا المقدار منه ولا تضطر إلى متابعة ما يحدث بعد ذلك. وقد تبعت المحاكم الانجليزية الأسلوب نفسه لانفصالها عن جهات تنفيذ الأحكام التي كان يتولاها من أطلق عليهم Sheriffs. وقد تأخر لذلك الاهتمام بالتنفيذ العيني واعتباره الواجب الأصلي في أحوال الامتناع عن تنفيذ العقد أو مخالفة الواجب القانوني إلى ما بعد ظهور محاكم العدالة في القرن التاسع عشر(82). وهكذا احتل التنفيذ النقدي (التعويض المالي) مرتبة متقدمة في النظر القانوني لأنه الأيسر في التطبيق وليس لأنه الأقرب للعدل. وكان يبرر التمسك بهذا الترتيب في الماضي ضعف السلطات التنفيذية وضمور التعاون بينهـا وبين الهيئات القضائية. أما الآن فلا يبرره سوى تقليد ما كان عند الرومان في الفترة القديمة.

451 ـ المنع عن الفعل في الفقه الإسلامي: قد يكون إلزام المحكمة المدعى عليه بالامتناع عن الفعل المنشىء للضرر هو السبيل الوحيد لدفع هذا الضرر وإزالته. فمن يريد حفر بئر في الطريق العام أو يوقف سيارات عملائه لإصلاحها أو يشغل جانباً منه بمعداته يضر بالمارين في الطريق ضرراً بالغاً، لا يرفعه أن ينزل لهم عن قدر من أمواله. وإنما الذي يدفع هذا الضرر أن تلزمه المحكمة بالامتناع عن هذه الأفعال الموجبة للضرر.

وإنما يصدر القاضي حكمه بالتوقف عن الفعل الموجب للضرر إذا كان هذا الفعل متجدد الحدوث ويستمر وجوده زمناً. أما ما يحدث من الأضرار على سبيل الإهمال وعدم القصد فلا يمكن استصدار حكم من القاضي بوقفه وعدم الوقوع فيه كما لا يخفى. ولا يلزم لاستصدار حكم بالمنع عن الفعل أن يقع الضرر بالمدعي، فالقاعدة أن يدفع الضرر قدر الإمكان.

وقد يختلط طلب الكف بطلب الفعل، كأن يحول داره إلى مصنع للحديد أو مطحنة للحبوب أو حمام فيؤمر بوقف العمل في هذا كله وبإزلة ما بدأه. وتتضح فائدة الأوامر بالكف عن الفعل في رفع الضرر وتعويل الفقهاء عليها بملاحظة الأحكام الفقهية التالية:

(82) Remedies in English Law, Lawson, p.211.

(أ) يمنع المستأجر من الاستفادة بالمأجور عند مضي مدة الإجازة، ففي المادة 591 من مجلة الأحكام العدلية أنه (يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجارة). وفي المادة 1210 من المجلة نفسها أن (أحد شريكي الحائط ليس له أن يعليه ولا أن يركب عليه.. بدون إذن الآخر، سواء كان ما يفعله مضراً بالآخر أو لا. لكن إذا أراد أحدهما بناء بيت في عرصته فله أن يضع رؤوس جذوعه. لكن إن وضع عشر أخشاب كان لشريكه أيضاً حق أن يضع قدرها... وإن كان على ذلك الحائط ركوب لهما على التساوي وأراد أحدهما أن يزيد في أخشابه فللآخر منعه).

ـ في المادة 1212 من المجلة نفسها أنه (إذا كان لشخص بئر ماء حلو وأراد جاره أن يبني في قربه كنيفا أو سياقاً مالحاً، وكان ذلك يفسد ماء البئر فإن ضرره يدفع. وإن كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه ما فذلك الكنيف أو السياق يردم. كذلك إذا كان طريق ماء حلو فبنى آخر عنده سياقاً مالحاً وقذره يضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفع ضرره إلا بالردم فإنه يردم).

ـ في المادة 1213 من المجلة أيضاً أنه (إذا كان على طرفي الطريق لأحد داران، فإن أراد إنشاء جسر من واحدة إلى أخرى يمنع. ولا يهدم بعد إنشائه إن لم يكن فيه ضرر على المارين. لكن لا يكون لأحد حق قرار في الجسر والبروز على الطريق العام. فإذا انهدم الجسر المبني على الطريق العام على الوجه المسطور فأراد صاحبه إعادته يمنع).

ـ في المادة 1268 من المجلة المذكورة أنه (يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورود، سواء كان حوضاً أو بئراً أو نهراً أن يمنع طالبه من الدخول في ملكه. لكن إذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب فيجبر صاحب الملك على إخراج الماء لذلك الطالب أو إعطائه الرخصة بالدخول وأخذ الماء لكن بشرط السلامة. يعني أن عدم الضرر شرط كتخريبه حافة الحوض أو البئر أو النهر).

ـ وفي المادة 1323 من المجلة أنه (إذا طالب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وأبى البعض، ينظر إن كان النهر عاماً يجبر الآبي على الكري مع البقية بالاشتراك.. وإن كان النهر خاصاً فالمطالبون يكرون ذلك النهر بإذن الحاكم ويمنعون الممتنع من الانتفاع بالنهر حتى يؤدي مقدار ما أصاب حصته من المصرف).

ـ وفي التبصرة (إذا أحدث الأندر[83] إلى جانب الجنان فَأَضَرَّ بِهَا منع محدثه من ذلك. وعن مطرف: إذا كان الأندر قديماً والكرم محدثاً فإنه لا يمنع صاحب الأندر الانتفاع بأندره، لأن صاحب الكرم أقدم على علم بما يصيبه من الضرر. وفي مختصر الواضحة أنه

(83) مكان يعده الناس لدياس المحصول وتذريته وهو الجرين.

لو كانت عرصة ليس فيها كرم كان لربها منع صاحب الأندر من وقوع التبن في أرضه. وفي وثائق الجزيري أن إحداث الأندر جوار الدار أو الجنة يؤذي ما تطاير منه عند الذَّرِّ، ويمنع باتفاق. وكذلك ما يضر بالجدارات مثل الأرحية والكنف)[84]. والمنع إنما هو للضرر أو للتصرف في ملك الغير.

ـ وفي التبصرة أن (إحداث الميزاب لماء المطر يصب في دار الجار فذلك ممنوع، سواء أضر بجاره أو لم يضر إلا أن يأذن له في ذلك)[85]، فاعتبر الحق في المنع لمجرد التصرف في ملك الغير.

ـ وفي التبصرة نقل قول ابن عتاب: (تنازع الشيوخ ببلدنا قديماً وحديثاً في الرجل يجعل في داره أو في شبه ذلك ما له دوي وصوت يستضر به الجار مثل الحداد وشبهه فقال بعضهم يمنع من ذلك إذا عمل فيه بالليل والنهار. وقال بعضهم لا يمنع منه. وقال ابن سعيد الذي اتفق عليه شيوخنا أن يمنع العمل بالليل إذا أضر بجاره ولا يمنع بالنهار[86]. والنزاع في اعتبار الإزعاج بالصوت إضراراً أو لا.

ـ لكن لا يمتنع الفعل إذا كان لدفع الضرر عن الملك دون إضرار بالغير، ففي التبصرة أن (من أراد أن يطر داخل داره، أي يطينه، ولجاره حائط فيها فمنعه من ذلك لم يكن له ذلك، لأن له فيه منفعة ولا مضرة على جاره. وفيه الحديث لا ضرر ولا ضرار... فإن أراد طر حائطه (أي تطيينه) من جهة جاره فإنه ينظر، فإن كان الحائط يحتاج إلى الطر كان له أن يطره، وإلا فله منعه. وقيل ليس له ذلك، لأن الطر يقع في هواء جاره إلا أن ينحت من طره ما يوقع عوضه من الطر الجديد، لأنه قد يتكرر الطر بغير حاجة حتى يغلظ الطرّ فينقص غلظه من ضوء صحن دار جاره)[87].

ـ وفي التبصرة أيضاً أنه (يمنع الرجل من إحداث اصطبل للدواب عند باب جاره، بسبب بولها وزبلها وحركتها ليلاً ونهاراً ومنعها الناس من النوم. وكذلك الطاحون وكير الحداد وشبهه)[88].

452 ـ ترشد هذه النصوص إلى المعاني التالية:

(أ) المنع حكم شرعي قضى به القضاة والمفتون والفقهاء عند قيام سببه قصداً إلى دفع الضرر قبل وقوعه أو إلى رفعه بعد وقوعه بمنع الاستمرار فيه.

(84) تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك: 363/2.
(85) السابق: 365/2.
(86) السابق: 370/2.
(87) السابق: 372/2.
(88) السابق: 363/2.

(ب) السبب المنشىء لحق المنع هو السلوك مسلكاً ضاراً بالغير أو مجرد الافتيات على حق من حقوقه؛ فالتذرية في البيدر المعد لذلك لا يمنع منها إلا إذا أضرت بالجيران، وكان اتخاذ البيدر أحدث من إقامة الدور إلى جواره، في رأي في المذهب المالكي. أما إذا كانت الدور أحدث فمعناه أن أصحابها رضوا بالضرر الناشىء عن التذرية فلا يطالبون بالمنع منها. ولم يشترط أصحاب الرأي المذكور في مختصر الواضحة الإضرار بأحد للمنع من التذرية، واعتبروا تطاير الذر ووقوعه في أرض الغير أو مروره في هوائها نوعاً من التصرف في حقوق الغير، وهو ما لا يجوز إلا بإذنه. ويستلزم التوقف على الإذن جواز وقف هذا الإذن والرجوع فيه. ويتخرج على هذا الرأي الحكم في كثير من أسباب الإزعاج والضوضاء وتلوث البيئة في ظروف الحياة المعاصرة.

(جـ) لا حق في المطالبة بالمنع من التصرف إذا لم ينشأ أي من السببين المذكورين. ولذا فإنه (إذا كان لأحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور[89]. ولا تنفسخ المزارعة بوفاة صاحب الأرض قبل أن يدرك الزرع وينضج، ويداوم الفلاح على العمل إلى وقت الحصاد)، ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه. وإذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه، وإن شاء دارم على العمل إلى أن يدرك الزرع. ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه [90]. والأمر في المساقاة كذلك، فلو (مات صاحب الأشجار والثمرة فجة فيداوم العامل على العمل إلى أن تنضج الثمرة ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه. وإذا مات العامل فوارثه يكون قائماً مقامه. فإن شاء داوم على العمل ولا يسوغ لصاحب الأشجار منعه)[91].

(د) لا تخفى الفوائد العملية المتعلقة بالحكم بالمنع من التصرف في مواجهة الأضرار، حتى لا يصلح في كثير من الأمثلة السابقة إحلال أي أسلوب آخر في رفع الضرر محله. وقد اعتبر الشارع هذا الأسلوب في أحوال كثيرة، من بينها الحكم بالحجر على الصبي ومنع المفلس من التصرف في أمواله حتى لا يضر بغرمائه. وقد تخرج على ذلك الحكم بالحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس والسفيه[92].

ويدل هذا كله على وجوب الالتفات إلى الفوائد العملية لجبر الضرر بالمنع من الفعل المعتبر تعدياً في ذاته أو لما يؤول إليه وهو الضرر.

453 ـ النهي على الفعل Prohibitory Injunction في القانون الانجليزي: يتعلق هذا

---

(89) المادة: 1225 من مجلة الأحكام العدلية.

(90) المادة: 1440 من المجلة المذكورة.

(91) المادة: 1448 من المجلة المذكورة.

(92) غمز عيون البصائر: 121/1.

النهي بفعل يتكرر وقوعه ويوجب المسئولية لكونه فعلاً ضاراً أو منسوباً إلى التعدي. وقد تتوقف المحكمة في إصدار قرارها بالمنع من الفعل إذا كان الضرر قليلاً، غير أن قلة الضرر لا تدفع المسئولية من الناحية النظرية، وإنما جاء ذلك من جهة أن مقدار التعويض سيكون قليلاً، ويستطيع المدعى عليه في معظم الأحيان أن يعاود دفع التعويض كلما حكمت المحكمة بالنهي عن الفعل. ولذا تتجنب المحاكم الحكم بذلك إذا كان الضرر قليلا ويمكن احتماله سدًّا لباب النزاع.

ويتسع تطبيق هذا النوع من المنع عن الأفعال في القانون الانجليزي فيشمل التعهد بالامتناع عن أفعال معينة في الاتفاقيات التعاقدية. من ذلك أن يتفق طبيب مع إدارة إحدى المستشفيات على العمل فيه دون غيره مدة العقد نظير أجر معين. ولإدارة المستشفى أن ترفع الأمر إلى القضاء لكف الطبيب عن العمل في مستشفيات أخرى إذا خالف الشرط الذي وافق عليه بكامل حريته. وفي قضية مماثلة منع القاضي المدعى عليها من مخالفة مثل هذا الشرط، وأصدر حكمه هذا مبيناً أنه حقيقة لا يملك الوسائل لإرغامها على العمل وفق الشرط، لكنه يرى أن لا حق لها في الشكوى إذا أرغمها على التوقف عن العمل الذي تعهدت هي بتجنبه طيلة فترة العقد[93]. وقد ظل هذا الحكم موضع الانتقاد والهجوم مما صرف الأذهان عن التخريج عليه. واعتقد البعض أن في إصدار المحاكم لمثل هذه الأحكام تعطيلاً لمقصد الحرية الشخصية[94].

وعلى سبيل المقارنة فإن القاعدة في الفقه الإسلامي أن المسلمين على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً. ويقوم مفهوم الأجير الخاص على الالتزام بالتوفر على العمل للآجر وحده. ولا يدخل في نطاق هذا البحث تحقيق هذه المسألة من الوجهة الفقهية.

454 ـ الأمر بأداء أفعال معينة: قال الإمام الجويني: (الأمر أسهل من النهي) وفي هذا المعنى يقول الإمام أحمد بن حنبل: (ما أمر به النبي ﷺ عندي أسهل مما نهى عنه)[95]. ولهذا القول تفسيرات كثيرة، لكن يظهر لي أن الأقرب إلى المقصود في هذا المقام أن السهولة في الأمر جاءت من جهة أن تنفيذه يقتضي صرف الهمة إلى الفعل المأمور به وأداءه في وقت واحد، بخلاف النهي الذي يقتضي متابعة دائمة أو غالبة للتأكد من عدم الوقوع في الفعل. والفرق أن النهي ينخرم بالفعل ولو مرة واحدة على حين أن الأمر يتحقق أداؤه بالامتثال في فترة محددة.

ويعني الأمر بأداء أفعال معينة من جهة كونه جابراً للضرر أن يلزم القاضي المتعدي

---

(93) انظر قضية Lumley v. Wagner (1852) في ص 181 من Remedies of English Law.

(94) السابق: ص 182.

(95) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام: ص 191.

بالتصرف على نحو معين لرفع ما تسبب فيه من إلحاق الضرر بغيره. وهو يشبه الجبر في تنفيذ العقد إلا أنه لا يسبق بعقد، بل بتعدٍّ يلحق الضرر بالغير. ولعل من أوضح صوره أن يحوز أحد عقار غيره بغير حق ويتصرف فيه بوجه من الوجوه كأن يحفر فيه حفرا أو يضع فيه أشياءه أو يثبت فيه أدوات أو مهمات فيؤمر بردم هذه الحفر وتسويتها كما كانت أو يؤمر بإخلائه من الأشياء التي وضعها فيه. وفيما يلي عدد من النصوص الفقهية المتعلقة بهذا الجابر: .

- أخذ من أرض إنسان ترابا، قالوا إن كان لذلك التراب قيمة في ذلك الموضع يضمن قيمة التراب، سواء تمكن به النقصان بالأرض أو لم يتمكن. وإن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع ينظر إن انتقصت به الأرض ضمن النقصان وإلا فلا. ولا يؤمر بالكبس. وقال بعضهم يؤمر بذلك)[96]. وإنما لم يجمع إيجاب أرش النقصان مع قيمة التراب المسبب للنقصان، حتى لا يزدوج الضمان. والخلاف في الأمر بكبس الأرض للتردد في اعتباره من الضرر.

(حفر بئراً في أرض غيره ضمن النقصان. وقال بعضهم: يؤمر بكبس لا بنقصان. ولو هدم جدار غيره لم يجبر على بنائه، فيخير المالك إن شاء ضمنه قيمته والنقص للضامن أو أخذ النقض وقيمة النقصان. وقال بعضهم: لو كان قديماً لا يؤمر بالإعادة، ولو جديداً يؤمر)[97]. والتفريق بين الجدار القديم والجديد في الأمر بالإعادة مبناه العمل على ألا يأخذ المتضرر شيئاً فوق حقه.

- (هدم بيته ولم يبن والجيران يتضررون بذلك كان لهم جبره على البناء إذا كان قادراً. والمختار ليس لهم ذلك)[98].

- (حائط مشترك بين رجلين وهَى، ويخاف ضرر بسقوطه، فأراد أحدهما النقض وامتنع الآخر، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: يجبر على نقضه).

- (إذا أحدث رجل بناء فسدّ بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش. ولا يقال الضياء من الباب كاف، لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب. وإن كان لهذا المحل شباكان فَسُدَّ أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً)[99].

- رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر تعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناء مجدداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو

(96) مجمع الضمانات: ص 127.

(97) السابق: ص 128.

(98) لسان الحكام: ص 410.

(99) المادة: 1201 من مجلة الأحكام العدلية.

مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق فإنه يؤمر برفع الضرر، ويصير ذلك الرجل مجبوراً على دفع الضرر بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء أو وضع طبلة. لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية، كما إذا عمل ساتراً من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره فإنه يؤمر بسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه)[1].

ـ إذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أن يضع سلماً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار)[2].

ـ (ترفع الأشياء المضرة للمارين ضرراً فاحشاً، ولو قديمة، كالغرفة والبروز على الطريق العام الدانيين الواطيين)[3].

ـ ومن جنسه الأمر بتعمير المسيل والمصرف المشترك والنهر المشترك، وأمر صاحب السفل بالبناء حتى يقيم صاحب العلو بناءه[4].

ـ إذا كانت (خربة لرجل بين دور فيها الزبل ولا يُدْرَى من يلقيه، فقام جاره.. وأمره بتنقيتها، فقال له هو من جيراني، وأنا أشتكي ذلك، وثبت الإضرار بالجار فإنه لا يجبر صاحبها على تنقيتها)[5]. ويؤخذ الأقرب فالأقرب من الجيران بوجوب الكنس، لأن الأغلب أنهم هم الذي يلقون فيها طبقاً لما روي عن بعض فقهاء المالكية[96].

ـ لو غصب ساجة، أي خشبة، وأدخلها في بنائه، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة. وإن كانت قيمتها (أي الأرض) أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها. ومنها لو غصب أرضاً فبنى فيها أو غرس فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعها.. وردت وإلا ضمن له قيمتها)[6].

455 ـ وفي هذه النصوص ما يرشد إلى المعاني التالية:

(أ) الإلزام بأداء أفعال معينة من بين الوسائل المعتبرة شرعاً لرفع الضرر الواقع بالفعل أو الذي يستمر ويتجدد في المستقبل.

(ب) لا تلزم المحكمة المدعى عليه بفعل غير واجب عليه. وإنما يجب الفعل إذا قام سببه، وهو التسبب في الإضرار بالغير أو عدم أداء ما أوجبه الشارع كالنفقة على الملك

---

(1) المادة: 1202 من المجلة المذكورة.
(2) المادة: 1203 من المجلة العدلية.
(3) المادة: 1214 من المجلة العدلية.
(4) المواد: 1230,1318,1315,1323,1342 من المجلة العدلية.
(5) تبصرة الحكام: 371/2.
(6) غمز عيون البصائر: 122/1.

الخاص أو المشترك. أما إذا لم يجب الفعل عليه لتعلقه بغيره، كما في مثال الخربة، فإنه لا يؤمر به.

(جـ) يستلزم الأمر الإيجابي بأداء فعل معين تحمل بعض النفقات بخلاف المنع عن الفعل الذي يغلب ألا يستلزم مثل هذه النفقات، فالحكم بطم البئر وردمه غير الحكم بمنع حفره.

(د) لا يؤمر المدعى عليه بفعل يزيد إضراره به عن المصلحة التي تلحق بالمدعي، كما في مسألة الساجة، أو البناء على الأرض والغرس فيها، طبقاً للمذهب الحنفي؛ فالقاعدة ألا يزال الضرر بمثله ولا بما هو أكثر منه. وتحتسب النفقات التي يتحملها المدعي عليه في الموازنة بين الضرر الذي يلحق به وبين الضرر الذي يلحق بالمدعي. ولا ينازع الجمهور في وجوب دفع أهون الضررين لاستناد هذه المصلحة إلى استقراء لكثير من الأحكام الشرعية، لكنهم أصروا على تطبيق قاعدة ألا يكافأ المعتدي بعدوانه حسبما اتضح في مناسبته من هذا البحث.

(هـ) يظهر لي أن على القاضي أن يطبق مذهب الأحناف في الموازنة بين مصلحة المدعي والمدعى عليه إذا تبين حسن نيته في الإقدام على فعله، أما إذا تبين سوء نيته فيجب أن يعامل بنقيض مقصوده، قياساً على عدم توريث القاتل أو الموصى له، وهو ما ثبت بحديث النبي ﷺ: «لا ميراث لقاتل» (7).

456 ـ الأمر بالفعل في القانون الإنجليزي: يعني هذا النوع من الأوامر Manadatory injunction من جوابر الأضرار في القانون الإنجليزي. ومعناه إلزام المدعى عليه بفعل

---

(7) من الجدير بالذكر أن المحاكم الانجليزية قد التفتت إلى أهمية الحكم بعدم توريث القاتل في الحفاظ على النظام العام Public Policy في العصر الحديث، فقد قررت محكمة Chancery عام 1934 في قضية Bedford v. Bedford حرمان الابن توماس من ميراث والدته من وصيتها لقتله إياها. وقد جاء هذا الحكم خلافاً لظاهر المادة 46 من قانون The Administralion of Estates Act 1925 حسبما يستنبط مما جاء على لسان الدفاع في هذه القضية. ولا تخلو هذه القضية من تعقيد؛ إذ إن الأم كانت أوصت بأموالها الكثيرة لابنها قبل حادث قتلها بفترة طويلة، وكان الابن أوصى لها ولأبيه الذي توفي قبل هذا الحادث. وجاء في تحقيق الجناية على الأم أن الابن هو الذي قتلها فيما بين 21,17 من شهر سبتمبر 1933. وفي هذا التاريخ نفسه انتحر الابن توماس الذي خلف عمته وعمه وأبناء عمة أخرى ماتت عام 1910، كما ترك خالاً وخالة. وقد اعتقد العم والعمة وأولاد العمة الأخرى أنهم أحق بالميراث من غيرهم، وأن المال انتقل إلى توماس أولاً لبقائه على قيد الحياة بعد قتل والدته. غير أن الخال والخالة ادعيا استحقاق تركة الأم، بناء على أن المال لم ينتقل إلى الابن بقتله إياها حتى لا يكافأ المعتدي بعدوانه. (انظر: Law Report, Chancery division) ولا يخفى التشابه بين الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي في الحكم والاستدلال.

إيجابي، كهدم بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء. وكانت المحاكم تحاذر إصدار الحكم على هذا النحو الإيجابي، وإنما كانت تلجأ إلى التعبير عنه بوجهه السلبي. وطبقاً لذلك فإنها إذا أرادت من المدعى عليه أن يهدم مثل هذا البناء فإنها كانت تحكم بمنع المدعى عليه من استمرار بنائه هذا في الأرض التي يقوم عليها ولم تعمد المحاكم إلى إصدار الأمر بصيغته الإيجابية المباشرة إلا في هذا العصر، نظراً لما وقر في الأذهان من تعذر إلزام المحكمة بفعل إيجابي[8].

ولا يسوغ للمحكمة إصدار مثل هذا الأمر إلا بالشروط التالية:

(أ) إثبات المدعي تضرره بالفعل أو غلبة احتمال حدوث الضرر في المستقبل.

(ب) نسبة الضرر الواقع أو المحتمل إلى فعل المدعي عليه أو إهماله.

(جـ) قلة النفقات التي يتحملها المدعى عليه في تنفيذ الفعل الذي تلزمه به المحكمة عن قيمة الأضرار التي يتحملها المدعي لو لم ينفذ المدعى عليه هذا الفعل.

(د) وضوح الفعل الذي يكلف به المدعي عليه ومعلوميته له حتى يمكن تنفيذه.

ويختلف الأمر بالفعل Mandatory Injuntion في الضمان عن الأمر التنفيذي بإتلاف أطعمة فاسدة أو يغلب على الظن فسادها قبل استخدامها على الرغم من أن المقصود منهما ـ وهو دفع الضرر ـ واحد. والفرق أن الأمر بالفعل في الضمان قضائي على حين أن الأمر بالإتلاف تنفيذي. ولا يجوز الاستئناف فيه، لعدم فائدته في الغالب حيث ينتشر الفساد في الطعام ويزيد. ومن جهة أخرى فإن المصلحة العامة تقتضي سرعة الفصل في هذه القضايا. ومع ذلك فإن لصاحب الطعام الحق في عرض وجهة نظره في دوائر الأمور العاجلة[9].

457 ـ الحكم الإرشادي Declarotory Injunction في القانون الانجليزي: ظهرت الحاجة في القرن الأخير إلى تفويض المحاكم الانجليزية سلطة النظر في الخلافات بين الناس حول تفسير عقد من العقود أو علاقة من العلاقات لتوضيح حقوق الأطراف المتخالفة وواجباتهم وإرشاد كل منهم إلى السلوك مسلكاً يجنبه المسئولية ويبعده عن الخطأ: وأهم ما يميز هذا النوع من الأحكام أن أطراف النزاع لا يجبرون على الالتزام بما فيه على الرغم من احتمال إلقاء المسئولية على أحدهم عند مخالفة ما يتضمنه. ولم تعترف المحاكم في انجلترا بحقها في نظر هذه الدعاوى وإصدار مثل هذه الأحكام غير الملزمة لأحد إلا منذ مائة عام تقريباً[10]. وإنما صرفها عن هذا النظر وهذا الإصدار من الناحية التاريخية خشية حمل

(8) Remedies of English Law p. 198.

(9) السابق: ص 202.

(10) السابق: ص 232.

أحكامها على الإلزام لا على النصح والإرشاد، كما حدث من أحد ملوك انجلترا حينما وضع ضريبة على السفن دون عرضها على البرلمان، مبرراً ذلك بأن ما وضعه لم يكن قانوناً يلزم عرضه على البرلمان، وإنما كان مجرد نصيحة واستحباب. وقد رفضت المحكمة العظمى Supreme Court الأمريكية الإجابة عن أسئلة أول رئيس أمريكي، خشية أن تحمل إجابتها على محمل الإلزام والإيجاب. وقد صدر قانون الحكم الإرشادي في أمريكا عام 1934[11] واعتبرته هذه المحكمة موافقاً للدستور. ولم يعد من حق المحاكم أن تمتنع عن الإجابة عما يوجه إليها من أسئلة، وإن لم يصدر تشريع أو قانون في انجلترا يلزم المحاكم بإبداء رأيها على هذا النحو. وإنما كانت محاكم العدالة في انجلترا هي التي استشعرت الحاجة إلى توسيع اختصاصاتها لتشمل النظر في النزاعات المتعلقة بالتفسيرات المحتملة للنصوص القانونية، وذلك بعد أن لوحظ أن نسبة من الخصومات منشؤها النزاع في تفسير هذه النصوص. ولم يجد قضاة هذه المحاكم مبرراً للانتظار إلى حين استفحال هذه الخصومات، ورأوا إمكان رفع أي من الخصوم دعوى توضح الخلاف في تفسير النصوص، ولا يطلب مقدمها سوى إبداء رأي المحكمة في التفسيرات التي تتمسك بها الأطراف المختلفة، فتدعو المحكمة هؤلاء الأطراف وتسمع منهم ثم تقرر رأيها دون فرض عقوبة أو غرامة على أي منهم.

ومن أشهر أمثلته أن يذهب البائع لعقار أو أرض إلى المحكمة مع مشتريها، لعرض الوضع القانوني لهذا العقار أو الأرض وطلب موافقة المحكمة على إتمام العقد. ومنه كذلك أن يذهب الراغب في الإيصاء لشخص من الأشخاص إلى المحكمة للإعلام بالوصية ومعرفة رأي المحكمة في جواز الوصية أو بطلانها. وفائدة الذهاب إلى المحكمة في هذه الظروف الاطمئنان إلى صحة المعاملة والإقدام على إنفاذها دون خوف.

وترفض المحاكم حتى الآن الإجابة عما يلقى إليها من أسئلة نظرية أو علمية، وإنما يشترط فيما يوجه للمحاكم التعلق بالجوانب العملية، والتردد في الإجابة بين احتمالين متقابلين لكل منهما طرف يؤيده، وإلا فلا فائدة من العرض على المحكمة. وفي هذه الحدود يجوز للمحكمة التعرض لنص قانوني لإداء رأيها في تفسيره أو مراجعة مشروعيته من حيث موافقته أو مخالفته للدستور. ويكثر الاستناد إلى هذا النوع من الأحكام الإرشادية في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد وبين السلطات والهيئات العامة. والمأمول أن تيسر هذه الأحكام كثيراً من قواعد ضمان العدوان Torts وأحكامه.

458 ـ الأحكام الإرشادية في الفقه الإسلامي: لم يتيسر لي ـ في حدود ما اطلعت عليه من مواد فقهية ـ الوقوف على ما يبين موقف القضاة المسلمين من هذا النوع من

(11) The Declaratory Judgement Act 1934.

الأحكام، وما إذا كان بوسعهم أن يبينوا للمتنازعين وجه الحق في موضوع النزاع دون إجبار لهم على الالتزام بهذا البيان. ولا يتسع المقام لتتبع هذا الأمر بوجوهه المختلفة، وإنما تظهر لي بعض الملاحظات التي قد تيسر هذا التتبع لمن يهتم به، وأثبتها فيما يلي:

(أ) حرص الشارع على دفع النزاع قبل وقوعه ورفعه بعد الوقوع فيه. ويستند اعتبار هذه المصلحة في الشريعة إلى استقراء أحكام جزئية كثيرة. من بينها شرع منصب القضاء ووجوب تنصيب الإمام وإيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. والخلاف بين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وبين هذه الأحكام الإرشادية أن الأمر والنهي فيهما ملزم بخلافه في الأحكام الإرشادية. ومع ذلك فإن شرع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يدل على حرص الشارع على توضيح الحقوق والواجبات والتذكير بهما. ويعلل الفقهاء بمصلحة دفع النزاع وحسم أبواب الفتن والخلاف لكثير من الأحكام الاجتهادية.

(ب) وظيفة المحتسب في جانب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مجرد بيان الحقوق والواجبات لأطراف العلاقات التعاقدية في الأسواق وغيرها.

(جـ) اعتراف الفقه الإسلامي بأنظمة أخرى لإنهاء النزاع بين المتخاصمين غير ولاية القضاء، كالصلح والتحكيم، ويوجب الفقهاء على القاضي أن يستحث الخصوم على الصلح وإنهاء النزاع بما هو واجب على المسلم من الحسنى في المعاملة. وقد أفردت المادة 1826 من مجلة الأحكام العدلية هذا المعنى بالذكر. ونصها: (يخطر ويوصي الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء أو المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح. فإن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح وإلا أتم المحاكمة). وقد يكون هذا الاستحثاث والإيصاء والإخطار بالمصالحة عن طريق بيان الحقوق والواجبات. ولا يجري القاضي المحاكمة المنتهية بحكم إلزامي إلا بعد استفراغ هذه المحاولة. وهو ما يرشد إلى أن للمحكمة أن تصدر حكماً إرشادياً مجمله النصح للطرفين بإنهاء المخاصمة والنزاع.

(د) كانت وظيفة القاضي المسلم العمل على إقرار العدالة في المجتمع المسلم بوجه عام. وكثيراً ما كان القاضي يقوم بوظائف الإفتاء والإجابة عما يسأل فيه من المسائل والأحكام. وهذا هو ما تؤيده سيرة عدد من كبرائهم كشريح وأبي يوسف والعز بن عبد السلام.

(هـ) استند إنشاء المحكمة الشرعية الاتحادية في الباكستان في ظروف العمل على تطبيق الشريعة بموجب قانون إنشائها الصادر عام 1980 إلى الأصول السابقة. وقد نصت المادة 203 (د) المعدلة لدستور 1973 على اختصاص هذه المحكمة بالنظر في القوانين القائمة لمراجعتها بناء على مبادرة من أعضائها أو طلب أي مواطن باكستاني أو أية هيئة

حكومية بقصد اختبار القانون موضع النظر ومعرفة مطابقته أو مناقضته لأحكام الشريعة وقواعدها. وعلى المحكمة إذا رأت معارضة أية مادة قانونية لأي حكم شرعي أن تبين في حكمها الأسباب التي تدعوها إلى تبني هذا الرأي ومدى ما ينطوي عليه من مُعَارضَةٍ، والوقت المقترح لإبطال هذا الحكم القانوني. ويصير الحكم نافذ المفعول إذا انقضت فترة الإمهال التي يجوز قيام ممثل الحكومة أثناءها باستئناف هذا الحكم أمام المحكمة العظمى Supreme Court. أما إذا انقضت الفترة ولم يستأنف الحكم أو صدر حكم المحكمة العظمى بتأييد حكم المحكمة الشرعية فعلى الرئيس في القوانين الاتحادية والمحافظ في القوانين الإقليمية اتخاذ الإجراءات اللازمة لتعديل القانون المخالف لنصوص الشريعة وأحكامها.

ووظيفة المحكمة الشرعية بهذا هي إبداء الرأي في القوانين المشكوك في معارضتها لأحكام الشريعة الإسلامية لاتخاذ ما يلزم من إجراءات لتغيير ما تثبت مخالفته للأحكام الشرعية من بينها.

459 ـ والحاصل أنه ليس هناك ما يمنع المحاكم الإسلامية في تاريخها الطويل أو في العصر الحاضر من إبداء الرأي فيما يعرض لها من أسئلة. وقد قامت المحكمة الشرعية الاتحادية لمراجعة القوانين القائمة والحكم على ما يعد مخالفاً لنصوص الشريعة بالبطلان لتعديله.

الفصل الثالث

بعض التطبيقات العملية للضمان

460 ـ تقديم: انتقل بعد استعراض جوانب نظرية الضمان بأركانها والأفعال التي توجبه وما يجب به إلى تناول بعض الجوانب التطبيقية التي أشار إليها الفقهاء في ثنايا تعرضهم لأحكام المسئولية والتي تعنى بها المؤلفات القانونية المتعلقة بالضمان. ويجري تناول هذه الجوانب في المباحث التالية:

المبحث الأول: المسئولية عن فعل الغير Vicarious Liability. ويضم هذا المبحث مسئولية الولي عمن هم في ولايته ومسئولية المتبوع عن أفعال تابعه كالخادم والوكيل ومن إليهما ممن يعملون تحت إمرة المتبوع وتوجيهه.

أما المبحث الثاني: فيتعلق ببحث مسئولية الطبيب.

وأتناول في المبحث الثالث: المسئولية عن الحيوانات.

ويتعلق المبحث الرابع والأخير: بالمسئولية عن الأشياء كالمباني والحوائط والآلات.

المبحث الأول: المسئولية عن فعل الغير

461 ـ مفهوم هذه المسئولية: جاء في المادة 137 من القانون المدني المصري ما يأتي:

1 ـ كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصوره أو بسبب حالته العقلية أو الجسيمة يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

2 ـ ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في

كنف القائم على تربيته. وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف على الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف. وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج.

3 - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

وتنص المادة 224 من القانون المدني العراقي على هذا المعنى، على حين أتت المادة 174 من القانون المدني السوري (1949) موافقة للمادة المذكورة من القانون المدني المصري في اللفظ والمعنى. أما القانون المدني الأردني فقد جاءت مادته 288 بعبارة تفصح عن محاولة واضعيه الاقتراب من المفاهيم والمصطلحات الفقهية الإسلامية. ولفظ هذه المادة:

1 - لا يسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به:

(أ) من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

(ب) من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

«2 - ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به».

462 - وإنما ترشد هذه النصوص إلى المعاني التالية:

أولاً: الأصل هو شخصية المسئولية حتى لا يسأل أحد عن فعل غيره. والقاعدة أن المرء مؤاخذ بأفعاله هو لا بأفعال غيره.

ثانياً: يتحمل المرء على سبيل الاستثناء من هذا الأصل ضمان ما يفعله غيره إذا انتسب فعل هذا الغير إليه وأضيف لتوجيهه أو كان هو المتسبب فيه. وتنقسم هذه المسئولية تبعاً لذلك إلى قسمين:

(أ) مسئولية الولي عمن في ولايته.

(ب) مسئولية المتبوع عن فعل تابعه.

ثالثاً: يثبت حق الرجوع للمسئول عن عمل الغير في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر، طبقاً لما جاء في المادة 175 من القانون المدني المصري.

رابعاً: المسئولية عن فعل الغير في واقع الأمر ليست إلا ضماناً لإيصال التعويض إلى المصاب، فكثيراً ما يكون المتعدي القاصر معدماً لا مال عنده فيطالب وليه بتحمل الضمان وإيصال مقداره إلى مستحقه، على أن يكون له الحق في الرُجوع على من تحت رعايته إذا شاء.

والحاصل أن المسئولية عن فعل الغير تفيد ضم ذمة الولي أو المتبوع في تحمل ما على القاصر أو التابع في المطالبة والأداء، لكن لا يستقر الضمان على الولي أو المتبوع، ويرجعان بما أدياه على المتسبب في تغريمهما.

463 ـ حكم هذه المسئولية في النظر الفقهي الحديث: اختلف الباحثون المحدثون في حكم هذه المسألة، فذهب المرحوم علي الخفيف إلى أن الشريعة الإسلامية لا تقر مبدأ مساءلة المرء عن فعل غيره، بل جاء في القرآن ما يعارضه ويبطله، مثل قوله تعالى في أكثر من موضع من الكتاب: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾، ومثل قوله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾، وقوله تعالى: ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾. وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه غيره ولو كان المحدث له غير مميز[1]. ومع ذلك فإنه يشير إلى جواز مطالبة الأولياء بأداء الضمان مما تحت أيديهم من أموال الذين تحت ولايتهم، لما لهم من الولاية عليهم، ولأنه لا يمكن مطالبة الصغار والمجانين بأداء ما عليهم من واجبات. لكن لو نسب التعدي إلى الولي فإنه هو الذي يطالب بالضمان ويستقر عليه. وعند الفقهاء ما يؤيد ذلك؛ ففي جامع الفصولين أنه (لو رمى صبي سهماً فأصاب عين امرأة غرم الصبي لا أبوه. ولو لا مال له فنظرة إلى ميسرة)[2]. بل بالغ البعض في فرض الضمان على الصبي إذا تعلق به أدنى سبب لوجوبه. رغم وضوح خطأ وليه أو وصيه؛ ففي المبسوط أنه إن كان الحائط المائل لصبي فتقدم أحد إلى ولي الصبي أو وصيه فلم ينقضه حتى سقط فأصاب شيئاً فإن الضمان على الصبي لأن الأب والوصي يعملان له ويقومان مقامه فلهذا كان الضمان عليه دونهما[3]. وقد نص الأصوليون على أن الضمان من خطاب الوضع لا يشترط فيه التكليف[4].

464 ـ ولا يختلف الأمر في المذاهب الأخرى عن ذلك، ففي تبصرة الحكام أن ما كسره الصبي، وهو ابن سنة فصاعداً، مضمون عليه في ماله، (فإن ابن سنة ينزجر. وكذا المجنون يكسر ما في السوق أو يفسده يتبع به في ماله مثل جراحته. وكذا النائم ما أصاب

(1) الضمان في الفقه الإسلامي: ص 238.
(2) جامع الفصولين: 2/ 113، ومجمع الضمانات: ص 170.
(3) المبسوط للسرخسي: 10/27.
(4) التوضيح: 167/2، وانظر أيضاً غمز عيون البصائر: 146/2.

في نومه ففي ماله إذا كان دون الثلث. ويستثنى من ذلك ما إذا نامت على ولدها فأصبح ميتاً فليس عليها غير الكفارة. وهذا هو ما رجحه الدردير وابن عرفة بالنسبة للصبي؛ ففي الشرح الكبير: (وضمن الصبي ولو غير مميز.. ما أتلفه في ماله إن كان له مال، وإلا اتبع بالقيمة في ذمته. هذا هو الصواب)[5]. أما المجنون ففي ضمان ما أتلفه ثلاثة أقوال: في المذهب المالكي: (الأول أن المال في ماله والدية على العاقلة. وقيل المال هدر. وقيل كلاهما هدر)[5]. ومذهب الشافعية والحنابلة أن الضمان من خطاب الوضع فلا تشترط أهلية التكليف لوجوبه.

465 ـ الرأي الآخر: يذهب الدكتور سيد أمين إلى أن الشريعة الإسلامية تعترف بالمسئولية عن الغير في الأمرين التاليين:

(أ) مسئولية الراعي عمن هم تحت رعايته. ومستنده في هذا قوله ﷺ: «كلكم راع ومسئول عن رعيته، الإمام راع ومسئول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته».

(ب) مسئولية المتبوع عن تابعه. ويبدو لي أن الدكتور سيد أمين يثبت هذه المسئولية استناداً إلى مسئولية الآمر والمكره في الفقه الإسلامي[6].

وإنما يتضح الفرق بين المسئولية عن فعل الغير في كل من هذين الأمرين بالنظر إلى سبب المسئولية ومستندها، فالسبب في الأمر الأول هو الرعاية التي أوجبها الشارع ورتب عليها قيام المسئولية فيما يرشد إليه نص الحديث السابق الذكر على حين أن السبب في الأمر الثاني هو إضافة الفعل إلى المتسبب فيه بغرور أو نيابة أو إكراه.

466 ـ ويلزم لدراسة حكم المسئولية عن الغير في الفقه الإسلامي والترجيح بين هذين الرأيين النظر فيما توجبه الرعاية والتبعية التي تثبت فعل التابع إلى المتبوع من وجهة هذا الفقه، مع التقديم لذلك بهذه الملاحظات العامة التالية.

467 ـ ملاحظات عامة:

الملاحظة الأولى: الأصل في الفقه الإسلامي أن الإنسان مسئول عن نتائج أفعاله، وقد أحكمت النصوص الشرعية بيان هذا الأصل. ولا يعد إثبات مسئولية المرء عن فعل غيره استثناء من هذا الأصل حسبما يتضح فيما بعد، وإنما تثبت هذه المسئولية من جهة إضافة فعل هذا الغير إلى المتسبب فيه بإهمال في رعاية أو لقيام معنى التبعية. فلو اتفق أب مع

(5) حاشية الدسوقي: 296/3.
(6) المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن للدكتور سيد أمين: ص 127 إلى 173.

مدرب سباحة على أن يعلم ولده السباحة، وغرق الولد فإن المدرب يضمنه (إن غفل عن حفظه أو لم يشد ما يسبحه عليه شدًا جيداً أو جعله في ماء كثير جار أو واقف لا يحمله أو عميق معروف بالغرق)[7]. وفي الإكراه والأمر إنما يضمن الآمر والمكره لإضافة الفعل إلى المتسبب فيه. ويضاف الفعل في الوكالة والرسالة إلى الموكل والمرسِل كما لا يخفى. ويرشد هذا إلى أن إثبات المسئولية عن فعل الغير إنما هو بمخالفة الواجب أو لإضافة الفعل إلى المتسبب فيه، وهو المتبوع.

الملاحظة الثانية: تتجه الفلسفات القانونية الحديثة إلى التوسع في هذا النوع من المسئولية، فجعلت أصحاب الأعمال مسئولين مسئولية تكاد تكون مطلقة عما يقوم به عمالهم أو يتسببون فيه من أضرار للغير أو لأنفسهم. ويجر هذا الاتجاه إلى انتقادات كثيرة، ففي رأي عدد من الباحثين أن شيوع نظام التأمين في التعويض عن الأخطاء تجاه الغير وإلقاء المسئولية على المتبوع في مجالات متزايدة قد أفضى إلى تقويض مبدأ محاسبة المرء عن أفعاله، وأصبح تهرب مرتكبي الأفعال الضارة، وبخاصة العمال والسائقين، من المسئولية، أمراً سائغاً من الوجهة القانونية. وهو ما يؤدي بدوره إلى شيوع روح اللامبالاة وعدم التحوط. ومن جهة أخرى فإن التوسع في مساءلة المتبوع عن فعل تابعه كفيل بنقض ركن الخطأ الذي تقوم عليه المسئولية في الضمان. فإن صاحب العمل إن لم يخطىء لم يجز من الوجهة الأدبية أو الخلقية أن يتحمل نتائج أفعال عماله. وقد اتجهت فرنسا منذ فترة إلى إخراج معظم إصابات العمل من مجال المسئولية المدنية، وتيسر التعويض عنها من مصادر التأمينات الاجتماعية. وهذا هو الحال نفسه في ألمانيا. أما في بريطانيا فتدخل إصابات العمل ضمن أنظمة التأمينات الاجتماعية ونظام المسئولية المدنية. وينادي الكثيرون بضرورة تجنب هذا الازدواج لما ينطوي عليه من مساوىء وتعقيدات في التقاضي وتعدد الجزاء عن الإصابة الواحدة. ومع ذلك فليس من المحتمل حدوث التغيير في هذا الصدد قريباً [8].

الملاحظة الثالثة: التوسع في إلقاء مسئولية الفعل على غير فاعله من سمات القوانين البدائية[9]. ولم تتخلص القوانين الغربية من هذه السمة إلا في بدايات العصر الحديث وبفضل الجهود التي قادها كل من سيزاري بيكاريا وفولتير في فرنسا. ولا يصعب تقدير أسباب قبول العرب قبل الإسلام لمبدأ المسئولية الجماعية Collective Liability واعتبار القبيلة مسئولة عما يتسبب فيه أحد أفرادها من أضرار في ظروف التنظيم القبلي للجماعة. ولعل

---

(7) المبدع شرح المقنع: 343/8.

(8) Dias and Markesinis, Tort Law, p.3,4.

(9) Salmond on Jurisprudence, 12th ed. p. 400.

شيوع هذا المفهوم الجماعي للمسئولية هو المسوغ للتأكيدات القرآنية المتتابعة على إرساء مبدأ المسئولية الفردية، فكل نفس بما كسبت رهينة، ولا يجزى والد عن ولده ولا مولود هو جاز عن والده شيئاً، ولا تزر وازرة وزر أخرى، ولا تكسب كل نفس إلا عليها، طبقاً لما أرسته الآيات القرآنية. ويجب لهذا تقييد مسئولية المرء عن فعل غيره باشتراط الخطأ أو مخالفة الواجب.

الملاحظة الرابعة: تعترف القوانين الحديثة بالمسئولية عن فعل الغير في مجالين أساسين: أولهما مسئولية المخدوم عن خادمه إذا أضر بالغير في سياق أدائه لما كلف به من عمل. ويلتحق به مسئولية صاحب العمل عن أجيره الخاص، ومسئولية الموكل والمرسل عن وكيله ورسوله. والثاني: مسئولية الأب عن فعل ولده، وكذا الأستاذ عن تلميذه وصبي مهنته.

ويلزم النظر إلى الحكم الفقهي لهذه المسائل قبل استخلاص نظرية فقهية عامة للمسؤولية عن فعل الغير.

468 ـ مسئولية المخدوم عن خادمه:

(أ) روى حاطب بن أبي بلتعة أن غلمة لأبيه سرقوا ناقة لرجل من مزينة، فأتى عمر، فأقروا. فأرسل إليه عبد الرحمن بن حاطب فأخبره، ثم قال لعامله اذهب فاقطع أيديهم. فلما ولى بهم ردهم عمر. ثم قال لعبد الرحمن: أما والله لولا أني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم، حتى إن أحدهم لو أكل ما حرم عليه حل له، لقطعت أيديهم. وايم الله إذ لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك. ثم قال يا مزني، بكم أريدت منك ناقتك، قال بأربعمائة. فالتفت لعبد الرحمن، وقال اذهب فأعطه ثمانمائة.

(ب) جاء في مجمع الضمانات أن تلميذ القصار (لو حمل شيئاً في بيت القصارة بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق: إن كان من ثياب القصارة لا يضمن الأجير ويضمن الأستاذ. وإن لم يكن من ثياب القصارة ضمن الأجير)[10]. ومن جنسه في (أجير القصار إذا وطىء ثوبا من ثياب القصارة لا يوطأ مثله فانتقص أو تخرق ضمن الأجير لأنه لم يؤذن له في ذلك. وكذلك لو كان الثوب مما يوطأ مثله، إلا أنه كان وديعة عند القصار وليس من يثاب القصارة. وإن كان من يثاب القصارة وذلك ثوب يوطأ مثله لا يضمن الأجير لأنه مأذون في ذلك عادة إن كان من ثياب القصارة ويضمن القصار. وكذا لو انفلتت المدقة من أجير القصار أو تلميذه فوقعت على ثوب من ثياب القصارة فلا ضمان على التلميذ وإنما الضمان على الأستاذ. وإن لم يكن من ثياب القصارة كان الضمان على التلميذ. ولو دفع المدقة على موضعها ثم وقعت بعد ذلك على شيء آخر فالضمان على الأستاذ لا على التلميذ. ولو

(10) مجمع الضمانات: ص 43.

أصابت المدقة إنساناً كان الضمان على التلميذ. ولو انكسر شيء من عمل التلميذ من أدوات القصارة مما يدق عليه لا يضمن التلميذ. وإن كان مما لا يدق به أو لا يدق عليه ضمن التلميذ)[11].

(جـ) جاء في مجمع الضمانات أن الثيابي تابع للحمامي إذا كان يعطيه أجره على عمله عنده، فيصبح كتلميذ القصار لا يضمن ما ضاع من الثياب عنده وإنما يضمن الحمامي. أما إذا لم يكن الثيابي يأخذ أجرا من الحمامي فإنه يعد مودعاً ويضمن هو لا الحمامي ضمان المودع. قال قاضيخان: (إن كان الثيابي أجير الحمامي يأخذ منه كل يوم أجراً معلوماً لهذا العمل لا يكون ضامناً عند الكل (أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد) بمنزلة تلميذ القصار والمودع)[12].

(د) (لو استأجره ليبني له في فناء دكانه فقتل به إنسان بعد فراغه فالضمان على الآمر استحساناً)[13].

469 ـ وفي هذه النصوص ما يرشد إلى الأحكام التالية: .

أولاً: سبب مسئولية المخدوم عن خادمه أو الآجر عن أجيره هو الخطأ أو الإنابة والتسبب في الفعل بإيجابه على الخادم والأجير. ومن قبيل قيام المسئولية على السيد لخطئه ما حكم به عمر في قضية الغلمان الذين سرقوا الناقة، حيث قضى بتضعيف الغرم على سيدهم، مفترضاً خطأه وتقصيره وتجويعه إياهم. أما الأمثلة الأخرى فسبب المسئولية عن فعل الأجير فيها هو النيابة عن الآجر والعمل بإذنه فيرجع فعل الأجير إليه ويضاف إلى إذنه.

ثانياً: لا يضمن الأجير إذا لم يتجاوز في فعله حدود المأذونية، وتنتقل المسئولية عن فعله إلى آجره. أما لو عمل الأجير بدون إذن الآجر أو في غير المأذون له فيه فإن الضمان يستقر عليه. ولذا لو حمل شيئاً فوقع منه على ثياب القصارة لم يضمن لأنه مأذون له بالعمل فيها، أما إذا وقع منه على ثياب أخرى غير ثياب القصارة فإنه يضمنها لعدم الإذن له بالتصرف فيها. وكذا لو وطيء ثوباً لا يوطأ مثله فإنه هو الذي يضمنه.

ثالثاً: تقوم علاقة التبعية بين الخادم والمخدوم والآجر والاجير إذا ثبت تلقي الخادم والأجير أجرهما عما يقومان به من عمل. أما إذا لم يتلقيا أجراً فلا تقوم علاقة التبعية وتثبت مسئولية كل امرىء عن فعله.

رابعاً: الإذن لا يثبت مسئولية الآذن إذا لم يكن له حق الإذن، فالقاعدة أن من لا يجوز له التصرف بنفسه لا يملك أن ينيب غيره فيه. ولهذا لو (أمر أجيراً أن يحفر له في

(11) السابق: ص 43 .
(12) السابق: ص 92.
(13) السابق: ص 178.

الطريق بئراً وأعلمه بأنه طريق العامة ضمن الأجير. وإن لم يعلم ضمن الآمر)[14] لأنه هو الذي غر الأجير بأمره، فيضمن الآمر ضمان غرور. ومن هذا القبيل أن يأمر أجيره بإلقاء التراب أو الطين في الطريق أو وضع الحجر والخشبة فيه[15].

470 ـ مسئولية الآمر عن المأمور: الأمر في الاصطلاح الفقهي هو طلب فعل الشيء على وجه الجزم دون إكراه. ولا يعد الآمر بمجرد الأمر مسئولاً عن فعل المأمور لتحققه باختياره، إلا إذا اقترن بالامر إكراه أو حمل على الفعل أو غرور فحينئذ يرجع فعل المأمور إلى الآمر. والقاعدة الفقهية المطلقة أن (الآمر لا يضمن بالأمر)[16]. ومفاد هذا الإطلاق أن الأمر بذاته لا يوجب الضمان ما لم يعتضد بمعنى يسوغ نسبة فعل المأمور إلى الآمر.

ولعل اقتران الأمر بالإكراه من أقوى هذه المعاني التي تثبت الضمان على الآمر. ولذا نصت المادة 89 من المجلة العدلية على تقييد القاعدة المطلقة السابقة بغير حالة الإكراه. ولفظ هذه المادة: (يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً). ومعناها أنه إذا أتلف أحد مال غيره بأمر آخر فالضمان على المتلف لا على الآمر ما لم يكن مجبراً وقادراً على إيقاع تهديده بالفعل. ويتقيد إطلاق هذه القاعدة طبقاً لما سبق بأي من الأمور التالية:

(أ) إذا كان المأمور صبياً أو مجنوناً وكان الآمر بالغاً عاقلاً فإن الضمان يجب على الآمر، لأن أمر الكبير العاقل للصغير نوع حمل على الفعل فيضاف إلى الآمر ويعد الصغير آلة أو وسيلة إلى تحقيق الغاية، فترجع المسئولية عن الفعل إلى الآمر، وفي مجمع الضمانات أن (الحر البالغ إذا أمر عبداً صغيراً أو كبيراً مأذوناً في التجارة أو محجوراً عليه ليقتل رجلاً خطأ فقتل يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء. وكذا في كل موضع لا يكون موجباً للقصاص. ثم يرجع مولى العبد بأقل من قيمته ومن دية المقتول على الآمر في ماله. ولهذا لو تلف في حال استعماله يضمن)[17]. لكن إذا كان الآمر صبياً والمأمور صبياً كذلك فإن أحدهما لا يرجع على الآخر، لانتفاء الحمل أو الغرور في حق الآمر منهما، فلا يرجع المأمور بشيء.

(جـ) إذا كان الآمر أباً. وصورته أن يأمر الأب ابنه البالغ بإيقاد النار في أرضه، فإذا تعدت النار إلى أرض الجار فأتلفت شيئاً ضمن الأب لصحة أمره فينتقل الفعل إليه. ومع ذلك فإن الأب لو أمر ابنه البالغ الرشيد بالتعدي على أحد أو قتله أو إتلاف مال لم تجب

---

(14) مجمع الضمانات: ص 178.

(15) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 113 .

(16) ص: 252 وما بعدها من هذا البحث.

(17) مجمع الضمانات: ص 156.

الطاعة ولم يصح الأمر فلا يجب الضمان على الأب. وفي كل موضع لم يصح الأمر لا يجب الضمان على الآمر طبقاً للقاعدة[18].

(د) إذا كان الآمر سلطاناً أو حاكماً تجب طاعته أو يعتقد المأمور وجوب طاعته فإن ضمان ما يترتب على فعل المأمور يستقر على الآمر بلا خلاف بين العلماء لأن أمره في حكم الإكراه. ويحصر بعض فقهاء المذهب الحنفي ضمان الآمر فيما إذا كان سلطاناً، ففي مجمع الضمانات: (ضمن الآمر لو سلطاناً، لا غيره، إذ أمر السلطان إكراه، إذ المأمور يعلم عادة أنه يعاقبه إن لم يمتثل أمره، بخلاف غير السلطان فيضمن السلطان لا مأمور. . . وفي السير الكبير أن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه لو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل أمره. . ومن الناس من جعل مجرد أمره إكراهاً، ولو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل)[19].

(هـ) إذا كان المأمور أجيراً وأمره الآجر بالتصرف في مال الغير، وهو لا يعلم كون هذا المال غير مملوك للآجر، فإن الضمان يجب على الآمر لغروره واعتقاد الأجير وجوب طاعة الآجر بمقتضى عقد الإجارة. ولذا يضمن صاحب الحانوت عند أبي يوسف لو أمر أجيراً له ليرسل له الماء في طريق المسلمين، بخلاف ما لو أمره بالوضوء في الطريق فتوضأ وعطب به إنسان فإن الضمان على الأجير، (لأن منفعة الوضوء تكون للمتوضىء ومنفعة الإرسال تكون للآمر)[20]. ومفاده اشتراط تعلق الفعل الموجب للضمان بوظيفة الأجير وعمله الواجب عليه بمقتضى عقد الإجارة لانتقال الضمان إلى الآجر. أما إذا تعلق الفعل بمصالح المأمور وخرج عن حدود وظيفته، كما لو أمره الآجر بالوضوء، فإنه لا يضمن شيئاً، لأن الأجير لا تجب عليه الطاعة حينئذ. وفي مجمع الضمانات. (لو أمر أجيراً أو سقاءً برش الماء في فناء دكانه فعطب به إنسان ضمن الآمر لا الراش) [21].

(و) إذا انطوى الأمر على غرور أو عدم تثبت، فلو أمر شخص (آخرَ بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره يضمن المأمور ويرجع على الآمر) [22]. ومن جنسه ما لو (جاء بدابة إلى النهر ليغسلها، فقال لرجل أدخلها النهر فأدخلها فغرقت وكان الآمر سائس الدابة لرجل آخر ولم يعلم المأمور بذلك، فلو كان الماء بحال لا يدخل الناس دوابهم فيه ضمّن ربها أيهما شاء، فلو ضمن المأمور رجع على السائس)[23].

---

(18) السابق: ص 158.

(19) السابق: ص 158.

(20) السابق: ص 159.

(23,22,21) مجمع الضمانات: ص159.

(ز) أن يقترن الأمر بما يفيد الالتزام بإيجاب الضمان على الآمر. من ذلك أن يقول أحد لآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن وأنا أضمن لك مالك إن ضاع فيه. وكذلك لو قال لآخر ألق متاعك من السفينة، تخفيفاً لحمولتها، وعلي ضمانه، فألقاه ضمن الآمر، لأنه طلبُ إتلاف للمال بعوض لغرض صحيح فلزمه. ومن جنسه أن يقول له إن ألقيت متاعي من السفينة تخفيفاً لحمولتها فعليك ضمانه فألقاه ضمنه. وكذا لو قال ألقه وعليّ وعلى أهل السفينة ضمانه لزم الآمر حصته. وفي هذه الأمثلة ما يوضح وجه قيام الضمان باشتراطه والرضا به والاتفاق عليه. وقد نص عدد من الفقهاء على أن الضمان ينشأ بالتعدي أو لمكان الشرط.

والحاصل من هذا كله أن الأمر بمجرده لا يوجب الضمان إلا إذا اقترن بالأمر سبب من الأسباب الموجبة له من التعديات أو الاشتراطات. ولا تنحصر هذه الأسباب في الأمور الستة التي ذكرها ابن عابدين في حاشيته، وهي أن يكون الآمر سلطاناً أو مولى أو أباً أو بالغاً والمأمور صبياً أو آجراً والمأمور أجيراً له أو إذا أمره بالتصرف في ملك الغير ولا يعلم المأمور حقيقة المالك. ونص عبارته: (الأمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة: إذا كان الآمر سلطاناً أو أبا أو سيداً والمأمور صبياً، أو عبداً أمره بإتلاف مال غير سيده. وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر)[24]. وإنما العبرة باقتران الأمر بموجب من موجبات الضمان.

471 ـ مسئولية الدولة عن عمالها: ترجع المسئولية عن أعمال موظفي الدولة إلى بيت المال في الأحوال التي سبق بيانها، تيسيراً على المشتغلين بالمصالح العامة للمسلمين وحتى لا ينصرف الصالحون للوظائف العامة عن توليها. وقد تحملت الدولة الإسلامية المسئولية عن الأضرار لأسباب عديدة من بينها تعذر تعيين المعتدي وإلقاء الضمان عليه. يروي أبو يوسف أن (رجلاً أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز، وقال له: يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه فعوضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم)[25]. ولا يخفى أن الهدف من تحمل الدولة هذه المسئولية هو توزيع الضرر بدلاً من تركه يستقر على عاتق المتضرر وحده.

وكان عمر بن الخطاب لا يرى وجوب تحمل الدولة المسئولية عن أخطاء موظفيها وعمالها بناء على أنهم مسئولون عن أعمالهم وأن أحداً لم يتسبب في إقدامهم على التعديات والأخطاء، وكان يقول: (إني لم آمرهم بالتعدي، فهم أثناء عملهم يعملون

---

(24) حاشية ابن عابدين: 208/5 وما بعدها.

(25) الخراج لأبي يوسف: ص 68.

لأنفسهم لا لي)[26]. ورأي أبي بكر وعمر بن عبد العزيز أوفق للأصول من جهة أن التعدي غير مقصود للعمال في معظم الأحوال، وأنهم يقعون فيه أثناء عملهم لمصلحة الجماعة لا لمصلحة أنفسهم فناسبه رجوع الضمان إلى الجماعة، وهو ما تدل عليه أصول عديدة.

وإنما تضمن الدولة أخطاء موظفيها إذا وقعت هذه الأخطاء في سياق أدائهم لأعمالهم الواجبة عليهم بحكم وظيفتهم. أما لو أضر بالغير وهو يؤدي عملاً لنفسه فإنه هو الذي يضمنه كما لا يخفى.

472 ـ المسئولية عن عمل الوكيل والرسول: يرجع عمل الرسول والوكيل ما لم يتجاوز إلى الأصيل، لأنهما سفيران ومعبران عنه طالما التزما بأمره. وتعود حقوق العقد وأحكامه في الرسالة إلى المرسل لا إلى الرسول حسبما نصت عليه المادة 1462 من مجلة الأحكام العدلية. والأمر كذلك في نوع الوكالة التي يشترط فيها إضافة الوكيل العقد إلى موكله، كالهبة والزواج والإعارة والوديعة والرهن والإقراض والشركة والمضاربة. أما في العقود الأخرى التي لا تشترط فيها هذه الإضافة كالبيع والإجارة والشراء فإن أحكام العقد ترجع إلى الموكل. أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل إن لم يضف العقد إلى الموكل طبقاً لما سبق توضيحه. وفيما يلي عدد من المسائل التي توضح مسئولية الموكل والمرسل.

(أ) (بعث المديون المال على يد رسول الدائن هلك عليه، وإن كان رسول المديون هلك عليه)[27]. وفيه يضمن الدائن ما هلك بيد رسوله، كما يضمن المدين ما هلك بيد رسوله هو الآخر، لأن قبض الرسول يعود لمرسله.

(ب)(رجل بعث رسولاً إلى بزاز أن ابعث إلي بثوب كذا بثمن كذا وكذا، فبعث إليه البزاز مع رسوله أو مع غيره فضاع الثوب قبل أن يصل الرسول إلى الآمر وتصادقوا على ذلك وأقروا به فلا ضمان على الرسول في شيء. وإن بعث البزاز مع رسول الآمر فالضمان على الآمر، لأن رسوله قبض الثوب مع المساومة، وإن كان مع رسول رب الثوب فلا ضمان عليه حتى يصل إليه، فإذا وصل الثوب إلى الآمر يكون ضامناً، كما لو أرسل رسولاً إلى رجل، وقال ابعث إليّ عشرة دارهم قرضاً فقال نعم وبعث إليه مع رسول الآمر فالآمر ضامن لها إذا أقر بأن رسوله قد قبضها. وإن بعث بها مع غيره فلا ضمان على الآمر حتى يصل إليه. وكذلك رجل له على رجل دين فبعث للمديون رسولاً أن ابعث إليَّ الدين الذي عليك فإن بعث له مع رسول الآمر فهو من مال الآمر)[28].

---

(26) المسئولية التقصيرية عن فعل الغير للدكتور سيد أمين ص 163.

(27) مجمع الضمانات: 244.

(28) السابق.

(جـ) أما لو وكلوا رجلا في أن يشتري لهم بضاعة بثمن معين فاشتراها لهم بماله أو بدين عليه فأعطاه كل واحد منهم حصته التي عليه من الثمن، (فضاعت حصة أحدهم قبل أن يدفع إلى البائع، قال نصير بن يحيى: يضمن الوكيل ولا يرجع به على أحد. قال الفقيه أبو الليث: إنما قال ذلك لأنه لما قبض منهم الثمن بعد الشراء صار مستوفياً لما وجب له عليهم بعقد الشراء فيكون المستوفي مضموناً عليه)[29].

وفيه دلالة على أن المرسل والموكل مسئولان عن عمل الوكيل والرسول إذا تقيدا في عملهما بأمر الأولين وإذنهما وإلا كانا ضامنين في أموالهما.

473 ـ المسئولية عن فعل الصبي والمجنون: من المسلم به في الفقه الإسلامي أن الضمان من خطاب الوضع، فلا يشترط لوجوبه العقل والتمييز. ولذا يضمن الصبي والمجنون والمعتوه في أموالهم ما يتسببون فيه من ضرر لغيرهم. وإذا لم يكن لهم مال وجب الضمان عليه في ذمتهم فينتظر المضرور ميسرتهم، كما هو الحال في الواجبات المالية عموماً. ويتضح هذا الإجمال بتفصيله على النحو التالي:

(أ) تتحمل العاقلة الواجب في جنايات الصبي والمجنون والمعتوه كما تتحمل الواجب في جنايات البالغ العاقل سواء بسواء إلا أن عمد الصبي والمجنون كخطئهما في تحميله على العاقلة عند الجمهور خلافاً للشافعي[30].

(ب) يرجع وجوب ضمان أفعال الصبي إليه لتوافر أهلية الوجوب في حقه، حيث لا يشترط للضمان العقل وبالبلوغ. غير أن الولي هو الذي يخاطب بالأداء، لأن الصبي ليس أهلاً لهذا الأداء الذي يشترط فيه العقل والبلوغ طبقاً لما هو معروف في الدرس الأصولي. وطبقاً لهذا فإن إلقاء المسئولية على الصبي يستتبعه خطاب الولي أو الوصي بالأداء.

(جـ) على الولي أن يؤدي من مال الصبيَ إن كان له مال. أما إذا لم يكن للصبي مال فعلى الدائن أن ينتظر إلى حين ميسرة في الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي. وقد روى ابن تيمية اتجاهاً آخر في الفقه مفاده تضمين الولي أو الوصي ما يضمنه الصبي بتعديه إن لم يكن له مال. وعبارته في هذا المعنى: (إذا وجب على الصبي شيء ولم يكن له مال حمله عنه أبوه في إحدى الروايتين. وفي قول الأكثرين أنه في ذمته)[31]. وقد يوضح مستند هذا الاتجاه ما يقوله بعضهم من أن (العادة في الآباء والأمهات تحمل الديون عن أبنائهم الصغار لوفور الشفقة)[32]، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فيتحملها الأولياء لا لأنهم أخطأوا

---

(29) السابق: ص 249.

(30) المبسوط: 86/26.

(31) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: 553/20,159,157/34.

(32) جامع الفصولين: 113/2.

حقيقة أو افتراضاً، بل لأنه هو المتبع عرفاً فيلتزمون به تبرعاً منهم وإحساناً.

(د) لا تلزم القوانين الحديثة الآباء أو الأمهات بالمسئولية عن الأبناء إلا بافتراض حدوث الخطأ من هؤلاء الآباء أو الأمهات، ولهذا يستطيعون دفع هذه المسئولية إذا أثبتوا أن الضرر كان سيقع ولو قاموا بواجبهم في الرعاية، ولم يقصروا في ملاحظة الأبناء بأي وجه من الوجوه. ففي المادة 3/173 من القانون المدني المصري أنه (يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية). والاتفاق بين الفقه والقانون على أنه إذا أخطأ الولي أو الوصي أو التزم بالضمان أن العهدة تلزمه، فلو وكل أحد (صبياً ببيع وشراء جاز لو عقله والعهدة على آمره لا عليه)[33]. أما إذا لم يثبت خطأ الوصي فإن الضمان على الصبي في رأي الجمهور خلافاً لهذا الرواية التي أوردها ابن تيمية، والتي يستند فيها إلقاء ضمان الأضرار التي تنشأ بأفعال الصبيان على الأوصياء والأولياء إلى وفور الشفقة وجريان العرف بتعهدهم بمثل هذه الضمانات فيلتزمونها. أما مستند إلقاء الضمان على الأولياء في القانون المصري فيرجع إلى افتراض خطأ الولي ولذا يجوز دفع الضمان عن الولي بإثبات عدم تقصيره. وأعتقد أن الأخذ بالوجهة التي ذكرها ابن تيمية أولى، فيجب ضمان ما يتلفه الصغير من أموال الغير على وليه إن لم يكن للصغير مال، باعتبار أن هذا الواجب على الصغير من دين إنما يخاطب الولي بأدائه وأنه يلتحق بالنفقة الواجبة على هذا الولي.

474 ـ تعقيب: والحاصل من هذا كله أن الفقه الإسلامي يعترف بالمسئولية عن عمل الغير في المجالات التالية:

أولها: أن يرجع عمل هذا الغير إلى الضامن لنيابته عنه كما في الأجير والموظف والمأمور والمكره والمغرور.

الثاني: الالتزام بالضمان كأن يقول شخص لآخر ألق هذا الشيء في الماء وأنا أضمنه لك، أو ادفع هذا الدين عني وأنا أرده لك.

الثالث: المسئولية عن هذا الغير تبرعاً وإحساناً بالتزام شرعي بالضمان، طبقاً للرواية التي ذكرها ابن تيمية.

ولا يتناقض هذا مع القاعدة القاضية بمسئولية كل امرىء عن فعله؛ فإن تطبيقها مقيد بما إذا لم يوجد سبب يسوغ المسئولية عن الغير من نيابة أو التزام بالضمان. ولا حجة لهذا في قول المرحوم سيد عبد الله علي حسين: إن الأب والأم من الوجهة الفقهية (ليسا مسئولين عن الأضرار المدنية التي تنشأ عن أعمال الصغير إلا في حالة واحدة، وهو أن الصغير كان

(33) مجمع الضمانات: ص 423.

تحت تأثير والديه فيما فعل، أو أن الولد أتلف مال الغير تحت سمع وبصر أحد والديه ولم يمنعه وهو قادر على ذلك. أما أن الأب والأم مسئولان مدنياً عن ولدهما في حالة عدم ملاحظته أو إهماله فلا يقول به التشريع الإسلامي، لأن الصغير كامل المسئولية في أموال الناس عن طريق خطاب الوضع كما سبق بيانه)[34]. وجهه أن مسئولية الأب والأم عما يفعله الصغير لا تنحصر في هذه الحالة من وجهة الفقه الإسلامي، فهما مسئولان عن أداء ما وجب عليه من جهة، كما أنهما مسئولان عرفاً أو شرعاً عن الوفاء بما وجب عليه من ديون فيضمنان عنه طبقاً لهذه الرواية التي ذكرها ابن تيمية إن لم يكن له مال. وهو المعقول كذلك كان يعرضه للعقوبة بقطع الرأس أو الأطراف، وذلك في التشريعات المصرية القديمة واليونانية يوجب مسئولية كل راع عن رعيته.

المبحث الثاني: مسئولية الطبيب

475 ـ أساس هذه المسئولية: اتخذت التشريعات القديمة موقفاً متشدداً في طابعه العام من مسئولية الطبيب، فأي خروج منه على التعاليم الطبية إذا أفضى إلى وفاة مريضه كان يعرضه للعقوبة بقطع الرأس أو الأطراف، وذلك في التشريعات المصرية القديمة واليونانية والبابلية. يدل على هذا الموقف المتشدد ما جاء في المادة 218 من تشريع حمورابي التي نصت على أنه (إذا عالج الطبيب حرجاً بليغاً أصيب به رجل بمبضع معدني وسبب موته، أو إذا شق ورماً بمبضع معدني وعطل يمين الرجل تقطع يداه)[35] وكذلك تضمنت موسوعة جوستنيان النص على أنه (إذا نجم عن دواء أعطى لأجل إنقاذ الحياة أو للشفاء من مرض أن توفي الذي أعطى إليه هذا الدواء فينفى المعطي في جزيرة إذا كان من طبقة راقية ويعدم إذا كان من طبقة وضيعة)[36]. ولم يكن الوضع في أوربا في القرن الثالث عشر أفضل من ذلك، فقد كانت محاكم الصليبيين في القرنين الثاني عشر والثالث عشر تقضي على الطبيب بالمسئولية عما يقع من ضرر لمرضاه. وكان يعاقب بقطع يده على الجروح اليسيرة التي تقع لمرضاه نتيجة إهماله، أما إذا مات المريض فكانت عقوبته هي الشنق[37]. وإنما كان أساس مسئولية الطبيب هو الضرر لا الخطأ، فأصبح يحاسب بالنظر إلى ما يحدث للمريض لا بالنظر إلى ما يفعله الطبيب، واتسمت لهذا معاملته بالقسوة والغلظة فانصرف الناس عن هذه المهنة الخطرة.

---

(34) المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والمدنية والتشريع الإسلامي: 271/2.

(35) شريعة حمورابي ترجمة د. عبد الرحمن الكيلاني.

(36) موسوعة جوستنيان، الكتاب الاول الفصل الثامن عشر، نقلاً عن المسئولية المدنية للطبيب لعبد السلام التونجي: ص 40.

(37) السابق: ص 44 وما بعدها.

أما في الشريعة الإسلامية فقد قامت مسئولية الطبيب على الأساس العام للضمان، وهو التعدي أو الخطأ، لا على أساس الضرر. توضيحه أن الفقهاء قد نظروا إلى الطبيب على أنه قد التزم تجاه المريض بعمل فيلزم أن يؤديه على وجهه بحكم الاتفاق أو العقد. فإذا قام بواجبه ولم يتجاوز أو يقصر لم يكن مسئولاً عما يحدث لمريضه مما لا يمكنه التحرز عنه، لأن القاعدة أن (ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه). ولا يختلف الأمر إذا تعهد بشفاء مريضه، لأن التزامه بالتعبير القانوني التزام ببذل عناية، هو العلاج والمجيء للمريض وتعهده، لا بتحقيق غاية أو شفاء المريض، لأنه ليس في مقدوره فلا يصلح مثل هذا الالتزام أن يكون محلاً للتعاقد. يدل على وضوح هذا المفهوم لدى الفقهاء ما حكم به الحلواني في قضية صبية سقطت من السطح (فانفتح رأسها، فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وأبرئها، فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن؟ فتأمل مليًا ثم قال: لا يضمن. إن كان الشق بإذن، وكان معتاداً، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم. فقيل له: إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها. فقال: ذلك لا يوقف عليه، فاعتبر نفس الإذن قيل له: فلو كان قال هذا الجراح: إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن هل يضمن؟ قال: لا)[38].

ويدل ما قاله الحلواني على أن التزام الطبيب بالشفاء لا يغير من طبيعة التزامه، وأن سبب ضمان الطبيب هو التعدي الذي يقاس بفوات أي من الشروط التي ذكرها هذا الفقيه الحنفي، وهي:

1 - أن يكون التدخل الجراحي للطبيب بإذن المريض أو وليه.

2 - أن يوافق تدخله المعتادَ بين الأطباء والمألوف في عملهم.

3 - موافقة رسوم مهنة الطب وأصولها الفنية. ويتجاوز عن الخروج اليسير الذي لا يرقى إلى مرتبة الإهمال أو التعدي. أما الخروج الفاحش أو الجسيم على أصول المهنة ورسومها فيعد من التعدي الموجب للضمان.

والحاصل أن أساس ضمان الطبيب في الشريعة هو التعدي لا الضرر الذي قد يحدث للمريض.

476 - نوع خطأ الطبيب: ساد الاتجاه في التفكير القانوني إلى إلحاق خطأ الطبيب بالمسئولية التقصيرية، وخاصة في تلك الأحوال التي لا يكون خطؤه ذا صلة مباشرة بتلك العلاقات التعاقدية التي بين الطبيب والمريض، كما لو أخطأ خطأ كتابياً في مقادير جرعات الدواء مما تسبب عنه وفاة المريض، وكما لو عالجه دون إذنه أو بدون إذن ولي أمره إن كان

(38) مجمع الضمانات: ص 48، وحاشية الطحطاوي: 276/4.

المريض قاصراً. وهذا هو الاتجاه المعمول به في مصر والراجح فقهاً وقضاء منذ أن أصدرت المحكمة العليا عام 1936 م حكماً أكدت فيه (أن مسئولية الطبيب هي مسئولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية). وقد تبنت سوريا هذا الاتجاه كذلك.
وساد اعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية في فرنسا إلى ما بعد انقضاء الثلث الأول من القرن الحالي. غير أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكمها عام 1936 م باعتبار مسئولية الطبيب مسئولية عقدية، بناء على أن مصدرها هو الاتفاق بين الطبيب والمريض أو نـائبه.
وفائدة اعتبارها من قبيل المسئولية العقدية إعفاء المدعي من مسئولية إثبات خطأ الطبيب، وافتراض خطئه افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، بأن يثبت الطبيب أنه قام بالوفاء بواجبه العقدي وفق الأصول الفنية للمهنة[39] ولعل الدافع إلى اعتبار خطأ الطبيب خطأ عقدياً هو الرغبة في تيسير حصول المتضرر على حقه في التعويض عن طريق افتراض خطأ الطبيب وعدم تكليف المدعي بإثبات هذا الخطأ الذي لا يستطيعه في معظم الأحوال لتعقد الخبرة الطبية وعجز المريض في معظم الأحوال عن فهم عمل الطبيب وإدراك الأصول الفنية التي يقوم عليها العلاج. ولا يجب على المدعي بمقتضى هذا التعديل للمسئولية إلا إثبات قيام عقد بينه وبين الطبيب الذي لم ينفذ التزامه، وأن الضرر قد نشأ نتيجه عدم الوفاء بهذا الالتزام.

477 ـ ولا حرج من الوجهة الفقهية في نقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه وافتراض خطئه لمكان التهمة وتعذر تكليف المدعي به، قياساً على الحكم في تضمين الصناع، حيث أخذ فقهاء الصحابة طبقاً لما سبق بيانه بافتراض خطأ الصناع في دعواهم تلف ما يأخذونه من أموال الناس، ولم يوجبوا على المدعين إثبات خطأ هؤلاء الصناع لعجزهم عن ذلك، فإن الأموال في أيدي هؤلاء الصناع، ولا يدري أصحابها كيف تصرفوا فيها ولا أين حفظوها. وإذ رأى الصحابة نقل عبء الإثبات مع أن البينة على المدعي وأجازوا للمدعى عليه دفع التهمة عن نفسه بإثبات حدوث التلف بأمر لا يمكن التحرز عنه، وذلك لمصلحة حفظ أموال الناس، فإنه يجوز اتباع الحكم بنقل عبء الإثبات في خطأ الطبيب من باب أولى، لتعلقه بمصلحة أوجب في الاعتبار الشرعي، وهي حفظ دماء الناس وحياتهم.

ويغلب في الذهن أن يكون خطأ الطبيب في التصور الفقهي خطأ عقدياً، إذ يجب على المتضرر إثبات عقد بينه وبين الطبيب، وأن هذا الطبيب خالف ما تقتضيه العلاقة التعاقدية القائمة بينهما. يدل على هذا المعنى ما جاء في مجمع الضمانات فيما (لو استأجر حجاماً ليقلع له سناً فقلع، فقال صاحب السن: ما أمرت بقلع هذا كان القول قوله

(39) المسئولية المدنية للأستاذ حسين عامر: ص 98، والوسيط للسنهوري: 821/1: ومسئولية الطبيب للأستاذ عبد السلام التونجي: ص 91.
(40) مجمع الضمانات: 48.

ويضمن)[40]. وقضية هذه المسألة وجود العلاقة التعاقدية بين المريض والحجام، بدلالة التعبير بالاستئجار، وادعاء المريض مخالفة الحجام مقتضى هذه العلاقة. وكان الأصل أن يكلف مدعى المخالفة، التي تثبت ديناً في ذمة المدعى عليه، بعبء إثباتها. لكن ذهب الفقهاء، كما هو الحكم في هذه المسألة، إلى أن القول قول المدعي، لا يكلف بإثباته بناء على أنَّ الإذن مستفاد من جهته فيصدق فيه. ويعبر هذا التعليل عن رغبة الفقهاء في تغليب الحفاظ على مصلحة المرضى، فإنهم لا يعرفون عند التعاقد الأصول الفنية التي ينبغي على الطبيب اتباعها لعلاجهم.

478 ـ غير أن بعض الفقهاء فيما يظهر لي قد اعتبروا خطأ الطبيب من قبيل الخطأ التقصيري. يدل على هذا الاتجاه إطلاق القاعدة الفقهية القاضية بأن (ضمان الآدمي بالجناية لا بالعقد)[41]. وقد استند الفقهاء في تحديد ضمان الأجير المشترك بما هو مضمون بالعقود من الأموال. ولذا لا يضمن الملاح كما جاء في الهداية من غرق في السفينة أو من يسقط من الدابة، إلا أن يتسبب فيه، وعلى المدعي إثبات خطأ الأجير المشترك إذا تعلق الضرر بالنفس أو بما دونها. لكنه لا يكلف إثبات هذا الخطأ في ضمان الأجير المشترك للأموال[42]. ومفاد هذه القاعدة أن الطبيب لا يضمن ما يحدث للنفس الإنسانية وما دونها إلا إذا أثبت المتضرر خطأه. ويرشد هذا إلى اعتبار بعض الفقهاء خطأ الطبيب خطأ تقصيرياً لا خطأ عقدياً، وأنه يضمن ضمان العدوان لا ضمان العقد. ولا يبقى لهذا الخلاف فائدة إذا اتفق على جواز نقل عبء إثبات خطأ الطبيب من المدعي.

479 ـ أنواع الخطأ:

(أ) يعد مجرد تصدي الطبيب الجاهل لهذه المهنة خطأ يوجب ضمان أي ضرر يحدث للمريض. وقد نصت السنة على هذا المعنى، فقد روى أبو داود، والنسائي، وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: (من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن)[43]. ويشترط البعض لضمان الجاهل بالطب ألا يعلم المريض جهل هذا الطبيب وأن يستر على المريض جهله. وفي هذا يقول ابن القيم: المتطبب الجاهل (إذا باشرت يده من يُطِبُّهُ فتلف به، فهذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له في طبه لم يضمن. ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث، فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غَـرَّ العليل وأوهمه أنه طبيب، وليس كذلك. وإن ظن المريض أنه

(40) مجمع الضمانات: 48.
(41) مجمع الضمانات: 37,28.
(42) السابق: ص 28.
(43) أبو داود: باب فيمن تطبب بغير علم، والنسائي في القسامة: باب صفة شبه العمد، وابن ماجة في الطب، باب من تطبب ولم يعلم منه طب.

طبيب وأذن له في طبه لأجل معرفته ضمن الطبيب ما جنت يده. وكذلك إن وصف له دواء يستعمله والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه فلتف به ضمنه. والحديث ظاهر فيه أو صريح)[44]. وتبدو مسئولية' الطبيب الجاهل مسئولية مطلقة Stricter Liability بحيث لا يلزم إثبات خطئه، ويكفي تصديه للعلاج بجراحة أو وصف دواء، سواء علم المريض جهله أو لم يعلم على رأي وباشتراط اغترار العليل به وعدم معرفته بحال هذا الطبيب على رأي آخر. والأولى فيما يظهر لي ألا يشترط اغترار العليل إعمالا لإطلاق الحديث، ولأن ظاهر الحال يدل على هذا الاغترار فإن أحداً لا يرضى بإضرار نفسه. فإقدامه على الإذن للطبيب بالجراحة أو بوصف الدواء دليل على ثقته في خبرته، فإذا انعدمت هذه الخبرة دل هذا على الاغترار[45].

(ب) أما الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها بتعبير ابن القيم فإنما يضمن في الأحوال التالية:

أولاً: إذا لم يأذن له المريض أو وليه في تدخله الجراحي، كأن يقطع غدة (من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه وليه، أو ختن صبياً بغير إذن وليه فتلف، فقال أصحابنا يضمن، لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه. وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن)[46]. وقد ثار جدل فقهي حول أثر الإذن في إسقاط الضمان أو إيجابه، بناء على أن الضمان بالتعدي، فرأي البعض أنه لا أثر للإذن في إسقاط الضمان إن كان الطبيب متعدياً، كما أنه لا أثر له في إيجابه إن لم يكن متعدياً. ويرد الذين اشترطوا الإذن هذا الرأي، بناء على أنه لا حق له في القطع بدون إذن من له حق الإذن فكان متعدياً (عند عدم الإذن غير متعد عند الإذن)[46].

ثانياً: إذا أخطأت يده في الجراحة وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفته، كأن تسبق يده إلى جزء صحيح من العضو فيستأصله، أو إلى شريان أو عصب غير مقصود له، (فهذا يضمن لأنها جناية خطأ. ثم إن كانت الثلث فما زاد فهو على عاقلته. فإن لم تكن عاقلة فهل تكون الدية في ماله أو في بيت المال؟ على قولين. . فإن لم يكن بيت مال أو تعذر تحميله، فهل تسقط الدية أو تجب في مال الجاني؟ فيه وجهان. أشهرهما سقوطهما)[47].

ثالثاً: إذا اجتهد الطبيب الحاذق (فوصف للمريض دواء فأخطأ في اجتهاده فقتله،

(44) زاد المعاد في هدى خير العباد: 140/4.

(45) في قضية .Brown V.R حكم القضاء الانجليزي بالضمان على صيدلي تظاهر بأنه طبيب. وأعطى السيد براون دواء تسبب في وفاته. وقد دافع عن نفسه بأنه اضطر إلى هذا التظاهر لعدم وجود طبيب بالمستشفى. ومع ذلك حكم عليه بالتعويض.

(46) زاد المعاد لابن القيم: 141/4.

(47) السابق: 140/4.

فهذا يخرج على روايتين: إحداهما: أن دية المريض في بيت المال. **والثانية: أنها على** عاقلة الطبيب. وقد نص عليهما الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم)[48].

480 ـ لكن إذا لم يخطىء الطبيب ولم يقصر فإنه لا يضمن إذا كان مأذوناً له بالعلاج، لوجوبه عليه بمقتضى العقد ولا ضمان في أداء الواجب. وقد نص ابن القيم على الحكم فيما يتولد عن فعل الطبيب الحاذق المأذون له بممارسة العلاج من تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة بأنه (لا ضمان عليه اتفاقاً، فإنها سراية مأذون فيه. وهذا كما إذا ختن الصبي في وقت، وسنه قابل للختان، وأعطى الصنعة حقها، فتلف العضو أو الصبي لم يضمن)[49].
وفي هذا يتفق الفقهاء وإن اختلفوا في تعليل رفع المسئولية، فذهب أبو حنيفة إلى أن علة رفع مسئولية الطبيب تتألف من إذن الشارع بممارسة هذه المهنة لمصلحة المجتمع وإذن المريض بعلاجه. ويشير المالكية في تعليلهم لرفع هذه المسئولية إلى إذن الحاكم، كما يشير الشافعية والحنابلة إلى قصد صلاح المريض وانتفاء قصد الإضرار به[50].

481 ـ الملحقون بالأطباء: يلتحق بالأطباء في المسئولية من في حكمهم ممن يتعهدون البدن الإنساني، ويتناولون كما يقول ابن القيم كل (من يطب بوصفه وقوله، وهو الذي يخص باسم الطبائعي، وبمروده وهو الكحال، وبمبضعه ومراهمه وهو الجرائحي، وبموساه وهو الخاتن، وبريشته وهو الفاصد، وبمحاجمه ومشرطه وهو الحجام، وبخلعه ووصله ورباطه وهو المجبر، وبمكواته وناره وهو الكواء، وبقربته وهو الحاقن، وسواء كان طبه لحيوان بهيم أو إنسان، فاسم الطبيب يطلق لغة على هؤلاء كلهم. وتخصيص الناس له ببعض أنواع الأطباء عرف حادث)[51]. وقد عالج الفقهاء أحكام ضمان الحجام والفصاد والبزاغ والخاتن بما لا يخرج عما سبق في ضمان الطبيب؛ ففي تبصرة الحكام أنه (إذا أذن الرجل لحجام يفصده أو يختن ولده أو البيطار في دابة فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس أو عضو أو تلفت الدابة أو العبد فلا ضمان عليه لأجل الإذن. قال ابن رشد: وحكى القاضي أبو محمد رأيه بالضمان لأنه قتله خطأ. أما إذا كان جاهلاً أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه أو قصر فيه عن المقدار المطلوب ضمن ما تولد عن ذلك. قال

---

(48) السابق: 141/4.

(49) السابق: 139/4.

(50) مسئولية الأطباء للمرحوم محمد أبي زهرة، مقال بمجلة لواء الإسلام، السنة العشرون: ص 53، وانظر نهاية المحتاج: 32/8، وبدائع الصنائع: 305/7، والمغني: 349/10، ومواهب الجليل: 321/6، والتشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة: 521/1 وما بعدها، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: 449/5,36/4.

(51) زاد المعاد: 142/4.

ابن عبد السلام: وينفرد الجاهل بالأدب، ولا يؤدب المخطىء. وهل يؤدب من لم يؤذن له؟ فيه نظر[52].

وناقش البغدادي في مجمع الضمانات ضمان الفصاد ومن بمعناه كالبزاغ والحجام والختان ضمن حديثه عن ضمان الأجراء من الملاحين والصائغين والحدادين والنقاشين والصباغين مما يدل على شيوع النظرة إلى عقد العلاج على أنه من عقود الإجارات المتفرد عن غيره بخصائص تميزه، وهو ما دعا الفقهاء إلى إفراده بمبحث خاص لعلاج أحكامه. وقد اتجه التفكير القانوني الوضعي إلى اعتبار عقد العلاج عقداً قائماً بذاته بعد استمرار الجدل حول طبيعة هذا العقد من الوجهة القانونية. ولم يحظ بالقبول إلحاق هذا العقد بالوكالة أو اعتباره من عقود إيجار الأشخاص أو من عقود الاستصناع فلزم التسليم بطبيعته الخاصة[53].

482 ـ الخطأ العلمي: لم تصل العلوم الطبية إلى الكمال، ولا يزال الطبيب مضطراً إلى إعمال تقديراته الخاصة في النظر إلى الأعراض المرضية، مستعيناً بخبرته المهنية والآراء العلمية المختلفة، مما يؤدي إلى الوقوع في الخطأ أحياناً كثيرة. فهل يجب عليه الضمان إذا اجتهد في التشخيص للمرض فأبان عضواً لم يكن بالمريض حاجة لإبانته؟ ومن جنسه لو وصف له دواء لا يحتاجه مستنداً إلى تشخيصه الخاطىء فهل يجب الضمان لو أضر به؟

لا شك في أن الطبيب غير ملوم من الناحية الخلقية لمثل هذه الأخطاء التي لا يسع أكبر العلماء التحرز عنها، ما دام قد أعطى الصنعة حقها وتحرى الدقة في عمله واجتهد في تطبيق النظريات العلمية المعتمدة. غير أن العدل يقتضي النظر إلى مصلحة المتضرر وتعويضه عما ألم به تطبيقاً للقاعدة الشرعية: لا يطل دم في الإسلام. ولهذا تردد الفقهاء في إلقاء واجب التعويض على بيت المال أو على عاقلة الطبيب، نظراً لأن ما وقع منه لا يعد خطأ بالمعنى الحقيقي، فقد اجتهد وهو مؤهل لهذا الاجتهاد، لكنه أخطأ في اجتهاده لتشابه العلامات والأمارات. وهذا هو المعنى الذي التفت إليه القائلون بإيجاب التعويض على بيت المال. ولا يعني إلقاء التعويض على عاقلة الطبيب عند من يقول به مؤاخذته واعتباره متعدياً بقدر ما يقصد إلى البحث عن مصدر لتعويض المتضرر عما لحق به.

أما إذا أخطأ الطبيب خطأ يدل على جهل فاضح فلا يعذر به، ويتحمل مسئولية مثل هذا الخطأ. من ذلك فيما أحسب أن يجري الطبيب جراحة لمريضة على أنها تعاني من ورم

(52) تبصرة الحكام: 348/2.

(53) المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية للأستاذ عبد السلام التونجي: ص 253,242.

رحمها بقصد استئصال الرحم فإذا هي حامل. وتجب ديتها إذا ماتت من هذه الجراحة، كما تجب الغرة إذا مات جنينها. ومن جنسه أن يخطىء طبيب الأشعة في قراءة الصورة ولا يكتشف وجود كسر في الفخذ أو الذراع على نحو لا يخطىء مثله في مثل ذلك، فيضمن ما يترتب على هذا الخطأ، ولا يعذر الطبيب به.

ويجب على الطبيب العناية بمريضه والتبصر والتحوط في علاجه، فلو أعطاه دواء لا يناسبه دون إجراء الاختبارات اللازمة فمات منه وجب الضمان على الطبيب. وقد جاء في كتاب معالم القربة في أحكام الحسبة أن (الطبيب يعتبر مسئولاً إذا كان العلاج الذي أمر به على غير مقتضى الحكمة وصناعة الطب من غير تفريط ولا تقصير)[54]. أما إذا بذل من العناية ما يجب عليه فلا يضمن ما يترتب على فعله، فلو قلع الطبيب السن التي أمره المريض بقلعها على الوجه الذي توجبه رسوم المهنة وأصولها (فانقلع سن آخر متصل بهذا السن لا يضمن)[55]. ويضمن ما أهمله، فلو (فصد نائماً وتركه حتى مات بسيلانه فإنه يقاد)[55].

المبحث الثالث: المسئولية عن الحيوانات

483 ـ تقديم: خص الفقهاء المسلمون هذا النوع من المسئولية بمباحث وفصول أفردت لتناول أحكامها، لكثرة الحوادث والأضرار التي تتسبب فيها وخاصة في المجتمعات الزراعية. وقد كشف تقرير لجنة بيرسون Pearson أن عدد الحوادث التي تتسبب فيها الحيوانات في بريطانيا في العام الواحد يقرب من خمسين ألف حادثة في أيامنا هذه. ويكفي هذا الإحصاء للدلالة على أهمية الالتفات إلى أحكام هذا النوع من المسئولية. ويقوم التناول الفقهي للمسئولية عن الحيوانات على عدة أسس أهمها:

1 ـ مسئولية الإنسان عن حيواناته ليست مسئولية مطلقة، وأنه إنما يسأل عنها إذا أخطأ بإهماله في حفظها.

2 ـ الضرر الذي أحدثه الحيوان دون خطأ من صاحبه غير مضمون عليه. وهو مفهوم القاعدة القاضية بأن العجماء جرحها جبار.

484 ـ وقد دأبت النظم القانونية البدائية على عدم الفصل بين فعل الحيوان وبين فعل مالكه، واعتبرت المالك مسئولاً مسئولية مطلقة عما يقع من حيواناته ولو لم يقصر في شيء. ويلاحظ دياس وزميله أن تطور مفهوم الإهمال في القانون الانجليزي في القرن التاسع عشر

(54) معالم القربة في أحكام الحسبة لابن الأخوة الشافعي، نقلاً عن المسئولية المدنية للطبيب للأستاذ عبد السلام التونجي: ص 366.

(55) مجمع الضمانات: ص 48.

كان من المفروض أن ينهي هذه المسئولية المطلقة عن فعل الحيوانات، وأن يفضي إلى تأسيس هذه المسئولية على هذا المفهوم، بحيث لا يسأل صاحب الحيوان عما لم يتسبب فيه بإهماله أو تعديه. غير أن الرغبة في تشديد المسئولية على أصحاب الحيوانات للحث على حراستها ومنع أذاها عن الناس هو الذي أدى إلى بقاء هذه المسئولية المطلقة فترة أخرى. وقد تغير مفهوم المسئولية عن الحيوانات في القانون الإنجليزي عام 1971 حين صدر Animals Act، وأصبح خطأ المالك أو إهماله هو الأساس الذي تقوم عليه مسئوليته عما تتسبب فيه حيواناته من إيذاء للغير[56].

485 ـ جناية العجماء: عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (العجماء جرحها جبار)، أي هدر وباطل. وظاهره كما جاء في نيل الأوطار (أن جناية البهائم غير مضمونة. ولكن المراد إذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقوراً ولا فرط مالكها في حفظها حيث يجب عليه الحفظ، وذلك في الليل.. وفي أسواق المسلمين وطرقهم ومجامعهم)[57]. ومفاده اشتراط خطأ مالك الحيوان لاعتباره مسئولاً عما يتسبب فيه من ضرر. وهذا هو ما يفيده ظاهر المادة 929 من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: (الضرر الذي أحدثه الحيوان من تلقاء نفسه لا يضمنه صاحبه. ولكن لو استهلك حيوان مال واحد ورآه صاحبه ولم يمنعه فإنه يضمن. وكذا لو كان الحيوان مضراً كالثور النطوح والكلب العقور فتقدم إلى صاحبه واحد من أهل محلته أو قريته بقوله له حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه فأتلف حيوان آخرَ أو غير ذلك من ماله ضمن صاحبه). وقد ورد هذا المعنى أيضاً في المادة 227 من القانون المدني العراقي، ونصها: (جناية العجماء جبار، فالضرر الذي أحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر).

وترشد هذه النصوص إلى أن المالك ليس مسئولاً مسئولية مطلقة عن الأذى الذي يتسبب فيه الحيوان بفعله، إلا إذا تسبب المالك بتقصيره وإهماله في إيقاع الحيوان لهذا الأذى، فيسأل عنه. وإنما تهدر جناية العجماء إذا لم ينسب فعلها إلى تقصير صاحبها أو تعديه. وبهذا فإن قاعدة جناية العجماء جبار[58] مقيدة غير مطلقة؛ فقد قال الإمام الشافعي: (ما أصابت العجماء من جرح وغيره في حال جبار وفي حال غير جبار... وفي هذا دليل على أنه إذا كان على أهل العجماء حفظها ضمنوا ما أصابت. فإذا لم يكن عليهم حفظهم لم يضمنوا شيئاً مما أصابت)[59]. ويتضح من هذا النص أن مناط المسئولية عن الحيوان هو

---

(56) Dias and Markesinis, Tort Law, p. 280.

(57) نيل الأوطار: 76/6 وما بعدها حيث يوجد تخريج روايات هذا الحديث كذلك.

(58) المادة: 94 من العدلية.

(59) اختلاف الحديث بهامش الأم: 403/7.

الخطأ في حراسته، وليس الخلاف بين الفقهاء في موضوع هذه المسئولية فيما يظهر لي إلا اختلافاً في تحقيق هذا المناط وتطبيقه عملياً في الظروف الواقعية.

486 ـ آراء الفقهاء: مذهب الأحناف أن حارس الحيوان ضامن ما يتسبب فيه من الأضرار بغفلته وتقصيره، وإلا لم يضمن، فالراكب ضامن لما أصابت الدابة بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت، لإمكانه التحرز عن ذلك كله، لكنه لا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها، لأنه لا يمكنه التحرز عن مثل ذلك. وقد نص محمد بن الحسن على أنه لا ضمان على الراكب إذا ضربت الدابة (بحافرها حصاة أو نواة أو حجراً أو شبه ذلك فأصابت إنساناً وهي تسير.. وهذا عندنا بمنزلة التراب والغبار، إلا أن يكون حجراً كبيراً فيضمن. ولو راثت أو بالت في المسير فعطب إنسان بذلك لم يكن عليه ضمان. وكذلك اللعاب يخرج من فيها. ولو وقع سرجها أو لجامها أو شيء يحمله عليها من أداتها (فأصاب إنساناً وهي تسير فمات كان ضامناً ومن عطب به بعد ما كان وقع على الأرض، عثر به أو تعقل به، فهو ضامن أيضاً. والراكب والمرتدف والسائق والقائد في الضمان سواء)[60]. والمدار في الضمان وعدمه على إمكان التحرز عن إضرار الغير بالتنبه واليقظة أو عدم إمكان التحرز، فالحجر الكبير يمكن للسائق رؤيته وتجنبه على حين لا يمكن ذلك إذا كان الحصى الذي تثيره صغيراً، إلا إذا أجراها بسرعة ثار بها الغبار والحصى الصغيرة فإنه يضمن كذلك حسبما نبَّهَ عليه بعض فقهاء الأحناف.

487 ـ ولا يختلف مذهب المالكية عن ذلك وإن اختلفت تعبيراتهم عن نفي الضمان بنفي الخطأ ووجوبه لوجوبه. يقول القرافي: (إن أرسلت الماشية بالنهار للرعي أو انفلتت فأتلفت فلا ضمان. وإن كان صاحبها معها، وهو بالليل، وأرسلها مع قدرته على منعها ضمن... وقالوا يضمن أرباب القطط المعتاد للفساد، ليلاً أفسدت أو نهاراً. وإن خرج الكلب من داره فجرح ضمن، أو الداخل بإذن فوجهان، أو بغير إذن لم يضمن. وإن أرسل الطير فالتقطت حب الغير لم يضمن ليلاً أو نهاراً)[61]. وإنما فرق المالكية بين إرسال الحيوانات ليلاً، وأوجبوا به الضمان، وبين إرسالها نهاراً ولم يوجبوا به ضماناً إلا إذا كان معها حارس لها، بناء على أن حفظ الزروع والحوائط كان مسئولية أصحابها نهاراً في المجتمعات التي عاش فيها الأئمة المتقدمون من المالكية، وبخاصة بيئة المدينة، على حين كان المعتاد أن تحبس الحيوانات في مراحها ليلاً، فلا يضطر أصحاب الزروع إلى

---

(60) المبسوط أو الأصل لمحمد بن الحسن: 555/4 وما بعدها، وانظر كذلك الهداية: 197/4 وبدائع الصنائع: 272/7 وما بعدها والمبسوط للسرخسي: 188/26 وما بعدها، والبحر الرائق: 406/8 وما بعدها، ومجمع الضمانات: ص 185 وما بعدها، ومعين الحكام للطرابلسي: ص 209 وما بعدها.

(61) الفروق للقرافي: 186/4.

حراستها. ويدل على هذا المعنى ما ورد عن حرام بن محيصة (أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشيء بالليل ضامن على أهلها)[62] أي مضمون. لكن يبدو أن متأخري المالكية وغيرهم قد غاب عنهم هذا العرف فأوجبوا ضمان ما أفسدته المواشي بالليل على أهلها مطلقاً، ونفوا ضمان ما أفسدته نهاراً، دون نظر إلى العرف السائد، فغاب عنهم المعنى الذي قام عليه التفريق بين إرسال الحيوانات ليلاً أو نهاراً في إيجاب الضمان ونفيه، وهو ابتناء الضمان على أساس الإهمال ومخالفة الـواجب في الحفظ.

ويتضح النظر إلى الخطأ في ضمان حارس الحيوان في غير مسألة الإرسال؛ فقد نص القرافي على أنه إن رمت الدابة حصاة كبيرة أصابت عين إنسان ضمن من كان معها، بخلاف الصغيرة، لأنه لا يمكنه التحفظ منها. والتحفظ من الكبيرة بالتنكب عنها. ويذكر القرافي كذلك أن الراكب يضمن ما نفحت الدابة (بيدها، لأنه يمكنه ردها بلجامها. ولا يضمن ما أفسدت برجلها وذنبها)[63] لأنه لا يمكن التحفظ من ذلك.

وقد التفت ابن فرحون إلى أن المناط في نفي الضمان بإرسال المواشي هو انتفاء الإهمال. يقول في ذلك: (ما أفسدت البهائم في الزرع نهارا فلا ضمان على أرباب المواشي. وأما بالليل فالضمان عليهم. والقول بنفي الضمان فيما أفسدته نهاراً محمول على أن المواشي معها راع، وأما إن أهملها أهلها فهم ضامنون. وإذا سقط الضمان عن أرباب المواشي فيما رعته نهاراً فضمان ذلك على الراعي إن فرط. وفي معين الحكام: (إنما سقط عن رب الماشية ضمان ما أفسدته ماشيته نهاراً من الزرع والحوائط إذا أخرج ماشيته عن جملة الزرع والحوائط بقائد يقودها إلى رعيها. وأما إن أهملوها بين الزرع والحوائط دون راع أو مع راع يضيع أو يفرط فربها ضامن لما أفسدته. ويضمن الراعي المفرط إلا أن يشذ منها شيء بلا تفريط فلا ضمان. واعلم أن سقوط الضمان فيما رعته البهائم نهاراً إنما هو في المواضع التي لا تغيب أهلها عنها. وأما إن كان الجنان مهملا لا يأتيه أربابه إلا في أيام الجذاذ فإن الضمان لازم فيما رعته نهاراً)[64]. وفيه اتفاق ابن فرحون المالكي والطرابلسي الحنفي على النظر إلى عرف الناس في حراسة حيواناتهم وزروعهم، وإيجاب الضمان بمخالفة هذا الواجب.

488 ـ والمناط في هذا في المذهب الشافعي هو مخالفة الواجب، فيجب الضمان على حارس الحيوانات عندهم، سواء أكان مالكاً أم مستأجراً أم مودعاً أم مستعيراً أم غاصباً، إذا

---

(62) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة، انظر نيل الأوطار: 72/6.
(63) السابق: 187/4.
(64) تبصرة الحكام: 355/2.

خالف الواجب عليه. جاء في المنهاج: (من كان مع دابة أو دواب ضمن إتلافها نفساً ومالاً، ليلاً ونهاراً. ولو بالت أو راثت في الطريق فتلف به نفس أو مال فلا ضمان. ويحترز عما لا يُعتاد كركض شديد في وحل فإن خالف ضمن ما تولد منه.. وإن كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعاً أو غيره نهاراً لم يضمن صاحبها أو ليلاً ضمن إلا أن لا يفرط في ربطها أو حضر صاحب الزرع وتهاون في دفعها. وكذا إن كان الزرع في محوط له باب تركه مفتوحاً في الأصح)[65].

وإنما التفريق بين الضمان في إرسال الدابة ليلاً وبين عدم الضمان في إرسالها نهاراً، فيما يذكره الخطيب (لتقصيره[66] بإرسالها ليلاً بخلافه نهاراً للخبر الصحيح في ذلك، رواه أبو داود وغيره. وهو على وفق العادة في حفظ الزرع ونحوه نهاراً والدابة ليلاً. ولو تعود أهل البلد إرسال البهائم أو حفظ الزرع ليلاً دون النهار انعكس الحكم، فيضمن مرسلها ما أتلفته نهاراً دون الليل اتباعاً لمعنى الخبر والعادة. ومن ذلك يؤخذ ما بحثه البلقيني أنه لو جرت عادة بحفظها ليلاً ونهاراً ضمن مرسلها ما أتلفت مطلقاً)[67]. وقياسه أنه لو كانت العادة الإرسال في مناطق معينة طول الوقت لم يكن مالكها متعدياً بإرسالها ولا يضمن. وعليه يحمل ما ورد عن أبي حنيفة في عدم التضمين بالإرسال. ولا يسلم القول بنفي الضمان إن أسهم صاحب المال بفعله في الإضرار بنفسه، كأن يترك الباب مفتوحاً للدابة التي أخطأ صاحبها بتركها فتدخل زرعه المحوط بسور. ووجه الاعتراض أن خطأ صاحب الزرع في ترك الباب مفتوحاً لا يقطع خطأ حارس الدابة، وغايته أن يعد ذلك من الإهمال المشترك الذي يوجب توزيع الضرر بنسبة الخطأ.

ومبنى المسئولية عن الحيوانات عند الحنابلة هو تفريط الحارس Keeper الذي اصطلح عليه الفقهاء بذي اليد. ومفاده وجوب الضمان بالتفريط والإهمال والتعدي وانتفاؤه بانتفاء هذه المعاني[68].

489 ـ شروط المسئولية عن الحيوانات: يشترط في الحيوانات الموجبة للمسئولية أن تكون مملوكة لأحد، وإلا لم يجب الضمان، فلو انطلق الجراد أو الدود أو الأرانب البرية أو الثعالب الهائمة على زرع أحد فأتلفته لم يضمن صاحب الأرض التي انطلقت هذه الحيوانات منها. وقد سئل البلقيني (عما جرت به العادة من ولادة هرة في محل وتألف ذلك المحل بحيث تذهب وتعود إليه للإيواء، فهل يضمن مالك المحل متلفها فأجاب بعدمه

(65) مغني المحتاج: 204/4 وما بعدها.

(66) السابق: 206/4، وانظر المهذب: 194/2، وحاشية الجمل: 175/5 وما بعدها.

(67) السابق: 206/4، وانظر المهذب: 194/2، وحاشية الجمل: 175/5 وما بعدها.

(68) كشاف القناع: 125/4.

حيث لم تكن في يد أحد، وإلا ضمن صاحب اليد)[69].

ويشترط كذلك توقع الضرر من الحيوان ما لم يقيد أو يحفظ، فلا يضمن صاحب القطة إذا تركها طليقة ما لم تكن معروفة بشراستها. ويقسم الفقهاء الحيوانات إلى ضارية يتوقع منها الإيذاء والإتلاف وإلى غير ضارية. والضارية هي المعتادة بالجناية من البهائم والجوارح وشبهها، مما يعد طبيعة في أفراد نوعها، أو في أحوال خاصة بها كالكلاب والقطط التي ولدت حديثا. وعلى مالك هذا النوع من الحيوانات أو ذي اليد عليها أن يتخذ من الاحتياطات ما يكفل عدم إضرارها بأحد. ولا حق له في إرسالها، فمن أطلق كلبا عقورا أو دابة رفوساً أو جملاً عضوضاً على الناس في طرقهم ومصاطبهم ورحابهم فأتلف مالاً أو نفساً ضمن لتفريطه. وكذا إن كان له طائر جارح كالصقر والبازي فأفسد طيور الناس وحيواناتهم لم يكن له أن يرسله ويضمن ما يتلفه مثل هذا الطائر[70]. أما غير الضارية فلا ضمان على صاحبها إذا لم يفرط في حفظها وتعهدها. وفي كشاف القناع أن (البهيمة النزقة التي لا تنضبط بكبح ولا نحوه ليس له ركوبها بالأسواق. فإن ركب ضمن لتفريطه. وكذا الرموح والعضوض)[71]. ولو كان الحيوان أليفاً لم يعهد منه إتلاف قبلا فلا ضمان، ولا يعد إرسالها تعديا. لكن لو تكرر هذا منه ضمن صاحبه.

ويشترط للضمان كذلك خطأ حارس الحيوان بالتقصير والإهمال أو مجاوزة المعتاد. من ذلك ما نصت عليه الماده 228 من القانون المدني العراقي، ولفظها: 1 ـ (إذا أضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامناً. 2 ـ ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم إليه أحد من أهل محلته أو قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعيب الحيوان). وفي المادة 229 من هذا القانون أنه 1 ـ (إذا أدخل شخص دابة في ملك غيره بدون إذنه ضمن ضرر تلك الدابة، سواء كان راكباً أو سائقاً أو قائداً موجوداً عندها أو غير موجود. 2 ـ أما لو انفلتت بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضرراً فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة. 3 ـ وكذلك لو أدخل الدابة في ملك غيره بإذنه لا يضمن ضررها إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر). وفي المادة 230 من القانون نفسه أنه 1 ـ (لا يضمن المار بالطريق العام راكباً أو قائداً أو سائقاً الضرر الذي لا يمكن التحرز عنه، فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان. 2 ـ أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمة يدها أو رأسها فيضمنه، إلا

(69) حاشية الجمل: 179/5 .
(70) السابق والمبدع: 196/5 .
(71) كشاف القناع: 128/4 .

إذا أثبت أنه أتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه). وتقضي المادة 231 بأنه: 1 - (لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير المحل المعد لوقوف الذواب ضمن ضررها في كل الأحوال. 2 - ويضمن الضرر من سبب الدابة في الطريق العام أو تركها تتسرب إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها). وفي المادة 232 من هذا القانون أنه: 1 - (إذا أضرت الدابة التي ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي أتى بها صاحبها وربطها في ملك الأول بدون إذنه فلا ضمان. وإذا أضرت هذه الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها. 2 - وإذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه فأضرت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان إلا إذا أثبت صاحب الدابة التي أصابها الضرر أنه الآخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر. 3 - وإذا ربط شخصان دابتيهما في محل ليس لهما حق الربط فيه وأضرت دابة الرابط أولا دابة الرابط مؤخراً فلا ضمان. وإذا كان الأمر بالعكس لزم الضمان).

وعلى الرغم من هذا التفصيل المعيب من الناحية الفنية في الصياغة القانونية فإن هذه المواد الخمس تجمل أنواع الأخطاء التي تصدر من حارس الحيوان والتي توجب الضمان. ولا يخفى تشابه هذه المواد في صياغتها مع اللغة الفقهية حتى لتبدو منتزعة من بطون الكتب الفقهية؛ ولذا آثرت نقلها بتتابعها لتوضيح اشتراط خطأ الحارس.

490 - الحارس المسئول: تقدم أنه لا ضمان فيما تتلفه الحيوانات التي لا يملكها أحد. ومفاده اشتراط ملكية الحيوان لضمان ما يفعله وإلقاء المسئولية على مالكه أو من ينوب عنه في انتقال الحراسة القانونية إليه كالمستأجر والمودَع والمستعير والغاصب والسائق والقائد والراكب والراعي والبيطري. وإنما ينتقل واجب الحراسة إلى المستأجر والمستعير والغاصب والبيطري طوال فترة الإجارة والإعارة والغصب والعلاج. ولا تكفي الحراسة القانونية وحدها لإيجاب الضمان، وإنما يشترط كذلك الحراسة المادية التي عناها الفقهاء بإثبات اليد. وهذا هو ما يفيده قول صاحب المبدع على سبيل المثال: (وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليها)[72]، فمعناه أن مجرد الملك أو الحراسة القانونية لا يكفي لإيجاب الضمان، وإنما يشترط كذلك إثبات اليد. ولذا فإن الحيوان لو انفلت من صاحبه رغماً عنه ولم يكن في الوسع استعادة السيطرة عليه في الحال فأضر في انفلاته بأحد في نفس أو مال لم يجب ضمان إلا إذا رجع الانفلات إلى إهماله.

والمرتهن وعامل القراض كالمالك في إيجاب الضمان، ويصير إليهما واجب الحراسة[73] أما الراعي فيضمن عند الأحناف ما تولد من فعله ولا يضمن ما يرجع إلى فعل

(72) المبدع: 196/5.
(73) كشاف القناع: 126/4.

الحيوانات، ففي مجمع الضمانات ان (البقار إذا غاب عن الباقورة فوقعت في زرع فأفسدته لا يضمن)[74]. على الرغم من إهماله بهذا الغياب. أما (إذا أرسلها في الزرع أو أخرجها من القرية وهو يذهب معها حتى وقفت الباقورة في الزرع أو أتلفت مالاً في سننها ضمن)[74]. والعبرة عند غيرهم بوقوعه في التقصير والإهمال[75].

491 ـ وللحارس دفع المسئولية عن نفسه إذا أثبت أنه لم يكن بوسعه الاحتراز عما وقع من الضرر لغيره، أو أن الضرر حصل بخطأ المجني عليه. (بناء عليه لا يضمن من يمر في الطريق العام راكباً على حيوانه الضرر والخسار اللذين لا يمكن التحرز عنها. مثلاً لو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخر أو رفصت برجلها المؤخرة، أو لطمت بذيلها وأضرت لا يلزم الضُّمان. ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها أو لطم يدها أو رأسها لإمكان التحرز من ذلك)[76]. ومن دفع المسئولية بفعل المضرور ما قاله محمد فيما إذا سار الرجل على دابة في الطريق فنخسها رجل أو ضربها فنفحت الناخس فيكون دمه هدراً[77]. لكن لو نخسها بإذن الراكب وأمره كان هذا بمنزلة فعل الراكب[77]. وفي مغني المحتاج أن الضمان عليهما إن أذن الراكب في النخس[78]. ومن جنسه أن يهيج كلباً فيعضه أو يدخل داراً بها كلب عقور بلا إذن صاحبها، أو بإذنه وهو يعلم حال هذا الكلب، فلا يضمن صاحب هذا الكلب، لأن المتضرر هو المتسبب في الإضرار بنفسه [79].

492 ـ ويظهر لي أن خطأ حارس الحيوان عند الفقهاء المسلمين خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس في أحوال معينة، من بينها أن يربط دابته أو يوقفها (في الطريق العام، فلو فعل ضمن جنايتها على كل حال، سواء رفصت بيدها أو رجلها أو ذيلها أو جنت بسائر الوجوه)[80]. وكذلك (من سيب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي أحدثته)[81]. ومنه أن يدخل دابته ملك غيره بلا إذن هذا الغير فإن الضمان يجب على من أدخلها مطلقاً.

وبعد خطأ حارس الحيوان خطأ مفترضاً قابلاً لإثبات العكس فيما يظهر لي في أحوال

---

(74) مجمع الضمانات: ص 33.

(75) تبصرة الحكام: 339/2.

(76) المادة: 932 من مجلة الأحكام العدلية.

(77) المبسوط أو الأصل لمحمد: 560/4.

(78) مغني المحتاج: 204/4.

(79) السابق: 208/4، وحاشية الجمل: 175/5.

(80) المادة: 934 من العدلية.

(81) المادة: 935 من العدلية.

أخرى، من بينها حدوث الضرر من حيوان معه ذو يد عليه كقائد أو راكب أو راع فيضمن الحارس إلا إذا أثبت أنه لم يكن بوسعه التحرز عن الضرر، كما لو نشأ بالعثار في روث الحيوان أو بوله أو برفسه بجموح لا يستطاع السيطرة عليه. ولو أتلف حيوان مال غير صاحبه، ورآه ولم يمنعه فإنه يفترض خطؤه ويضمن ما لم يثبت أنه لم يكن بوسعه أن يمنعه.

ويبدو لي أن المسئولية عن فعل الحيوانات مبنية في بعض الأحوال الأخرى على مفهوم الخطأ الثابت، بحيث يجب على المتضرر إثبات خطأ حارس الحيوان أو تقصيره لإيجاب الضمان عليه. من ذلك أن إتلاف الحيوان أموال الغير وهو مرسل إرسالاً لا يعد بحد ذاته من التعدي، كإرساله في المراعي أو إذا كان الحيوان لا تجري عادة الناس بتقييده أو غير ضار بطبعه. ولا يضمن صاحبه في هذه الأحوال إلا إذا ثبت خطأ حارسه. وترشد المادة 227 من القانون المدني العراقي إلى أن أساس المسئولية عن الحيوانات في هذا القانون هو مفهوم الخطأ الثابت لا المفترض، مما يعني إلقاء عبء إثبات الخطأ على المتضرر في الأحوال كلها، ولا يخفى ما فيه من الحرج أحياناً.

ويظهر لي أن اختلاف الأسس باختلاف الظروف التي حدث فيها الضرر وباختلاف طبيعة الحيوان هو الأقرب إلى النصوص الفقهية. والضابط الذي يستند إليه القاضي في اختيار أي من هذه الأسس هو دلالة الظاهر على خطأ الحارس وتقصيره، فإن دل الظاهر على خطئه بيقين وجب عليه الضمان، ولم يكن له الحق في إثبات تحوطه، وقد سبق ذكر أمثلته. أما لو دل الظاهر على هذا الخطأ دون تيقن فإن الخطأ المفترض للحارس قابل لإثبات عكسه. وفي غير هذا فإن الظاهر لو لم يدل على خطأ الحارس كان الواجب على المتضرر هو إثبات ما يدعيه من خطأ المتضرر.

وأحسب أن هذا هو الأقرب إلى منطق الفقهاء المسلمين في تعريفهم للمدعي بأنه هو الذي يطالب بإثبات خلاف ما يدل عليه الظاهر، فتجب عليه البينة لذلك إذا لم يدل الظاهر على خطأ الحارس. أما إذا دل الظاهر على خطئه فيفترض هذا الخطأ افتراضاً قابلاً لإثبات عدمه أو غير قابل لذلك تبعاً لدرجة دلالة الظاهر على هذا الخطأ.

493 ـ دفع الضمان بعدم التعدي: لا يجب الضمان على حارس الحيوان إذا تقيد في حراسته بأحكام الشارع وأعراف الناس وعاداتهم؛ فلا يضمن لهذا ما تتلفه الدابة وهي في حظيرتها أو في موقف أعد لوقوفها بإذن الإمام أو في ملك الغير بإذنه. وفي المادة 931 من مجلة الأحكام العدلية أنه (إذا أدخل واحد دابته في ملك غيره، فإن أدخلها بإذنه لا يضمن جنايتها). وفي المادة 930 من هذه المجلة أنه (لا يضمن صاحب الدابة إذا لطمت بيديها أو رأسها أو ذيلها أو رفست برجلها فأضرت بواحد حال كونها في ملكه راكباً كان أو لم يكن). وفي المادة 939 من المجلة أنه (إذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما فيه حق الربط

فأتلفت إحدى الدابتين الدابة الأخرى فلا يلزم الضمان. مثلا لو أتلفت دابة أحد الشريكين في دار الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان).

ولا يجب الضمان إذا صال الحيوان على إنسان فقتله هذا الإنسان في مذهب الجمهور لعدم تعدي المصول عليه، وثبوت حق الدفاع الشرعي له. وهو مذهب مالك، والشافعي، وأحمد[82]. ويخالف الأحناف فيرون حق صاحب الدابة في قيمتها إذا أتلفها المصول عليه، لأن صيالها ينشىء حالة الضرورة، والاضطرار لا يبطل حق الغير كما هو القاعدة[83]. ويتفق الحكم الذي أخذت به المحاكم الانجليزية عام 1948 مع مذهب الجمهور، وذلك في قضية Creswell,v. Sirl فقد هاجم كلب المدعي حيوانات المدعى عليه الذي عاجله بإطلاق النار عليه ـ وهو على بعد أربعين ياردة، عندما بدأ في التقدم صوبه. وحكمت المحكمة بتبرئة المدعى عليه من الضمان، لأن الكلب قام بمهاجمة الحيوانات فعلاً، وكان على وشك الهجوم على المدعى عليه نفسه لو لم يقاومه، ولهذا بدا أن إطلاق النار هو الوسيلة المناسبة لدفع هذا الهجوم[84].

494 ـ في القانون الانجليزي: عني هذا القانون بضبط أحكام المسئولية عن الحيوانات استجابة للحاجة الاجتماعية إلى هذا الضبط. وفي تقرير لجنة Pearson إشارة إلى هذه الحاجة، حيث بلغت الأضرار التي تتسبب فيها الحيوانات ما يقرب من خمسين ألف حالة، تتضمن وفيات عديدة. وتتسبب الكلاب والخيول في أكثر هذه الإصابات، كما تعاني المجتمعات الزراعية من هذه الأضرار أكثر من غيرها. وترتد ضوابط المسئولية عن الحيوانات في القانون الانجليزي عموماً إلى الأحكام العامة للمسئولية وإلى قواعد الإهمال، كما تقوم هذه المسئولية على أحكام قانون المسئولية عن الحيوانات Animals Act الصادر عام 1971[85].

وقد عالج هذا القانون بعض أوجه النقص التي كانت قائمة قبل ظهوره، من ذلك أن القانون العرفي لم يكن يلزم أصحاب الحيوانات بحفظها ومنعها من الوقوف على الطرق السريعة مما أدى إلى حوادث بالغة الألم لقائدي السيارات على هذه الطرق. ويؤكد مجلس اللوردات عام 1946 في قضية Searle v. Wallbank أن أصحاب الأراضي المجاورة لهذه الطرق غير مسئولين عما تسببه حيواناتهم من ضرر للمارين على هذه الطرق، سواء كانت

---

(82) الفروق للقرافي: 185/4، والأم: 172/6، والمهذب: 225/2، ومغني المحتاج: 195/4، والمبدع: 200/5.

(83) الهداية: 164/4، والبحر الرائق: 344/8، والمادة 33 من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم باز.

(84) Dias and Markesinis, Tort Law, p. 289 and 379.

(85) السابق: ص 470,279.

واسعة أو ضيقة، ودون نظر إلى طبيعة حركة المرور عليها(86). غير أن الفقرة الأولى من المادة الثامنة في قانون 1971 قد أبطلت الأساس الذي يقوم عليه مثل هذا الحكم، وأوجبت على أصحاب الحيوانات اتخاذ الوسائل اللازمة لمنع حيواناتهم من شغل الطرق السريعة والتسبب في حوادث المرور على هذه الطرق. وفي رأي اللورد Hail Sham أن هذه هي المادة الوحيدة التي تستحق الاحتفاء في هذا القانون كله. ومع ذلك فإن مجرد ظهور الحيوانات على هذه الطرق لا يفضي إلى قيام المسئولية، وخاصة إذا أرسلها هو في أرض قريبة منها وكانت من المراعي العامة أو إذا أرسلها في أرضه غير المسورة، ولا يجري العرف بتحويط مثل هذه الأرض، أو إذا كان له حق في إرسال حيواناته في هذه الأرض. وبناء على ذلك أعفت المحكمة في قضية Davis v. Davis عام 1975 صاحب قطيع انطلق إلى الطريق السريع من أرض قريبة كان يرعى فيها وأضر بسيارة المدعي التي اصطدمت ببعض أفراد هذا القطيع. وإنما أعفي من الضمان لأنه كان مأذوناً في رعي قطيعه بتلك الأرض(87).

ولا يوجب القانون الانجليزي ضمان الأضرار غير المباشرة التي تتسبب فيها الحيوانات الخطرة Dangeraus Animals مطلقاً. ففي قضية Brook v. Cook التي نظرت عام 1961 رأت المدعية قرد جارها يقفز من حائط حديقتها ويتجه إليها فاستولى عليها الخوف من هذه المفاجأة، وأخذت تعدو إلى الداخل فانزلقت رجلها وكسر ساعدها. وطالبت بالتعويض على أساس أن القرد حيوان غير مستأنس، وهو ما يعرض صاحبه للمسئولية. وعلى الرغم من تسليم القاضي بعدم استئناس هذا الحيوان فإنه لم يوجب التعويض على صاحبه، بناء على أن الكسر لم ينشأ من هجوم القرد ولم يكن نتيجة له(88).

ولا يوجب هذا القانون الضمان على حارس الحيوان إن لم يهمل، كأن ينفلت الحيوان منه أثناء وجوده في مكان مأذون بوجوده فيه كالطريق العام. توضحه قضية Tillet v. Ward التي نظرت عام 1882، حيث اقتحم ثور محلاً للصناعات المعدنية، وحطم كثيراً من الأشياء قبل إخراجه. ولكن المحكمة قضت بعدم ضمان صاحبه، لانفلاته من مكان عام يجوز وجوده فيه(89). ولم تحكم المحكمة بالضمان كذلك في قضية Crumming v. Granger المحكوم فيها عام 1977 للمعنى نفسه، وهو انتفاء إهمال المدعى عليه. ذلك أنه كان له دار بفناء يغلق بابه في الليل ويرسل كلبه من قيوده في هذه الأثناء لمنع أي أحد من

---

(86) السابق: ص 281.

(87) السابق: ص 282.

(88) السابق: ص 289.

(89) السابق: ص 283.

الدخول. لكن أحد أصدقائه الذي أعطاه مفتاح هذا الباب قد جاء ذات ليلة برفقة صديقة له، فهاجمها الكلب وجرحها جرحاً بالغاً بعد أن تجاوزت الباب بقليل. وقد استندت المحكمة في نفي ضمان المدعى عليه إلى وجوب معرفة المدعيين بوجود الكلب، بحكم سماعهما لنباحه قبل الدخول. ومفاده قبولهم خطر هذا الوجود[90].

وإنما يجب الضمان إذا انتسب فعل الحيوان إلى المدعى عليه. فلو عَلّم ببغاء سب أحد أو قذفه ففعل أضيف الفعل إلى صاحب الطائر وصار كأنما قذفه بلسانه هو. ولو أوقف دابته في الطريق العام كان مسئولاً عما يترتب من أضرار. وفي قضية Pitcher v. Martin التي صدر الحكم فيها عام 1937 اصطحب المدعى عليه كلبه، مرسلاً مقوده الطويل، فلف هذا المقود على ساق المدعية مما أدى إلى تعثرها به. وتضمن الحكم بالضمان أن صحبة كلب مع إرخاء مقوده الطويل نوع إهمال يوجب المسئولية[91]. ولو أهاج كلباً على إيذاء شخص كان من أهاجه مسئولاً عن الضرر كما لو فعله بنفسه[91].

وتجب المسئولية عن الحيوانات العادية بطبيعة جنسها إذا جرت العادة بتقييدها، وخالف حارسها ما هو معتاد. أما إذا لم يكن مؤذياً بطبيعة نوعه، ولم يسبق صدور مثل هذا الفعل الضار فلا يجب تقييده ولا ينشأ الضمان. وفي قضية Glanville v. Sutton التي حكم فيها عام 1928 عض حصان المدعى عليه رجلاً فلم تحكم المحكمة بالضمان عليه، لعدم سبق ذلك منه، على الرغم من معرفته بتكرر عضه لعدة خيول. إذ يشترط للضمان معرفة طبيعة الحيوان الضارة في حدودها التي وقعت بالفعل[92].

495 ـ وقد اعتبرت المادة الحادية عشرة في قانون Animals Act 1971 أن من التعدي إرسال حيوانات معينة كالأبقار والأغنام والماعز والدب المستأنس والبغال، ودخولها إلى ملك الغير. أما القطط والكلاب فلا تدخل في ذلك ولا يعد إرسالها ودخولها إلى ملك الغير تعدياً، وذلك لصعوبة السيطرة عليها وعدم جريان العادة بتقييدها[93]. ويشمل الحارس Keeper في تعريف الفقرة الثالثة من المادة السادسة في القانون المذكور كلاً من المالك أو الحائز كالمستأجر والمستعير والمرتهن. ويعد رئيس البيت الذي جاز أحدُ أفراده حيواناً هو الحارس لهذا الحيوان إذا لم يبلغ الحائز ست عشرة سنة[94].

ولحارس الحيوان أن يدفع المسئولية عن نفسه بأي من الأمور التالية:

---

(90) السابق: ص 288.
(91) السابق: ص 280.
(92) السابق: ص 286.
(93) السابق: ص 282.
(94) السابق: ص 286.

(أ) إذا ثبت تسبب المدعي بفعله الخاطىء في إلحاق الضرر بنفسه أو ماله. وفي المادة الخامسة، الفقرة الثالثة، من القانون المذكور أن الحيوان المرسل في ملك صاحبه لا يجب الضمان بفعله إذا هاجم أحداً داخل هذا الملك، شريطة أن يكون إرساله بقصد الحراسة المألوفة في البيئة. ولا يعد منه لذلك أن يرسل أسداً في ملكه، فإن هذا الأمر غير معهود في الحراسة[95].

(ب) إذا اشترك المضرور في إلحاق الضرر بنفسه، كما لو حدث بفعل كل من المدعي والمدعى عليه. ولا يعني الدفع في هذه الحالة سوى إنقاص الواجب في التعويض.

(جـ) إذا لم يكن بوسع المدعى عليه التحرز من الضرر، كما لو انفلتت الدابة رغماً عنه من مكان مأذون له بوجود دابته فيه، كأن تجمح منه في الطريق العام وتدخل ملك أحد، دون أن يستطيع الحارس دفعها.

والحاصل أن قسمات التفكير في المسئولية عن الحيوانات في القانون الانجليزي شبيهة إلى حد كبير في خطوطها العامة مع ما عبر عنه الفقهاء المسلمون في الموضوع نفسه ولعل هذا التشابه أن يثير من الأسئلة ما يحتاج إلى الإجابة في بحث مستقل.

المبحث الرابع: المسئولية عن الأشياء غير الحية

496 ـ تقديم: يقصد بالأشياء غير الحية ما كان من قبيل الجمادات كالأبنية والآلات وما يماثلها مما لا حياة فيه ولا اختيار له. وليست هذه الجمادات أهلاً للتكاليف في الشريعة الإسلامية، وإنما يسأل حارسها عما تتسبب فيه من أضرار للآخرين. وتتناول القوانين الحديثة تحت هذا النوع من المسئولية الأمور الثلاثة التالية:

1 ـ المسئولية عن المباني المتصلة بالأرض اتصال قرار، سواء اتخذت من الخشب أو الحديد أو المواد الأخرى المعهودة، وسواء كانت معدة للسكنى أو لإيواء الحيوانات أو للتخزين. ويدخل فيه ما شيد في باطن الأرض والجسور والأسوار والسلالم والشرفات. والأضرار المضمونة في هذا النوع من المسئولية هي الأضرار الناشئة عن تهدم المباني كلياً أو جزئياً. أما الأضرار الناشئة عن انتقال النار من المباني أو تسرب المواد الضارة فلا تدخل في نطاق هذه المسئولية.

2 ـ المسئولية الناشئة عن سقوط الأشياء من أسطح المباني والشرفات، كما لو وقعت

(95) السابق: ص 287.

خشبة أو جرة من نافذة أو شرفة تطلان على الشارع فأصابت أحد المارة بجراح أو أتلفت مالاً.

3 ـ مسئولية حراسة الأشياء التي تتطلب عناية خاصة كالآلات والأدوات (الميكانيكية).

497 ـ وقد عقد الفقهاء المسلمون مباحث خاصة لتناول أحكام الضمان الناشىء عن سقوط الحوائط وتهدمها، وهو ما عنون له كثير منهم بعنوان (الحائط المائل). ولا يخفى أنهم بحثوا تحت هذا العنوان ما يتناوله القانونيون الوضعيون في (المسئولية عن المباني). ومن جهة أخرى فإن الفقهاء تناولوا أحكام سقوط الأشياء من المباني والشرفات، ومسئولية الحائزين عن سقوطها. أما المسئولية عن الآلات والأدوات، فلم يعالجوها في مباحث مستقلة، وإن تعرضوا لبحث أحكامها وقواعدها العامة على نحو عرضي يتسم بالتشتت والتناثر. ومرد ذلك فيما يبدو أن الأدوات الآلية لم تهيمن على الحياة الإنسانية إلا بعد ظهور المخترعات الحديثة وتقدم وسائل النقل، وهو ما كان له أثره في اتجاه القوانين الحديثة إلى تناول أحكام المسئولية عنها في مواد خاصة بها. ويجب تناول أحكامها من الوجهة الفقهية في إطار هذه الظروف الحديثة.

وأتناول أحكام المسئولية عن هذه الأمور الثلاثة على الترتيب التالي.

أولاً: المسئولية عن المباني والحوائط

498 ـ آراء الفقهاء: لا خلاف بين العلماء في وجوب الضمان إذا كان البناء معيباً منذ إنشائه وأدى سقوطه إلى الإضرار بأحد. ففي الهداية أنه (لو بنى الحائط مائلاً في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد، لأن البناء تعد ابتداء، كما في إشراع الجناح)[96]. وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة[97].

أما لو طرأ التعيب بعد إقامة البناء على نحو أدى لسقوطه والإضرار بالغير ففيه اختلاف العلماء إلى اتجاهات كثيرة، أهمها فيما يلي:

(أ) لا ضمان على المالك (إن مال حائطه بعد أن بناه مستقيماً إلى غير ملكه، سواء كان مختصاً كهواء جاره أو مشتركاً كالطريق، علم.. بميلان حائطه أو لا، فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً.. ولو أمكنه نقضه وطولب به، لعدم تعديه بذلك، لأنه بناه في ملكه ولم يسقط

(96) الهداية: 196/4، وانظر البحر الرائق: 404/8.

(97) تبصرة الحكام: 347/2، ومغني المحتاج: 86/4، وحاشية الجمل: 85/5، وكشاف القناع: 124/4.

بفعله فهو كما لو سقط من غير ميلان)[98]. وهو رواية عن أحمد بن حنبل وأصح قولي الشافعي. وقضية هذا الاتجاه أن لصاحب البناء الحق في إصلاحه أو تركه ينقض على من أقامه أو المارة أمامه أو جيرانه، دون أن يملك أحد سلطة استدراج هذا المالك إلى إصلاح بنائه. ولم يعهد في الشريعة ترك مصالح الكافة للأهواء الخاصة، بل الثابت هو تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولا سبيل إليه إلا بإيجاب الترميم والإصلاح ونقض الحائط المائل إن لم يكن إصلاحه ممكناً، وإذا وجب الترميم والتعهد بالإصلاح على المالك ثبت الضمان بمخالفة هذا الواجب كما هو معهود من مسلك الشارع.

(ب) يضمن مالك البناء مطلقاً، وهو مذهب أحمد في رواية أخرى، وأبي إسحاق من الشافعية. وإنما وجب الضمان مطلقاً لأن الحائط لما مال إلى الطريق فقد وجبت إزالته، ويصير الواجب على صاحبه أن يزيله، فإذا لم يفعل كان متعدياً فيضمن ما ترتب على هذا التعدي من ضرر. ولا يشترط على هذا الرأي تقدم أحد إلى المالك للمطالبة بالهدم، لأن الضمان بالتعدي والتقصير ولا يتوقف ذلك على التقدم والمطالبة. ولو كان التقدم أو المطالبة هو الذي يوجب الضمان لأوجبته فيما لو حدث سقوط المبنى بأمر لا يمكن التحرز عنه[99]. وقد أخذ الأحناف بهذا الرأي خلافاً لمحمد فيما يتعلق بإتلاف النفوس[1].

(جـ) إذا سقط المبنى وكان الحائط مائلاً فأضر ذلك بأحد لم يجب الضمان إلا إذا سبق تقدم أحد للمالك يخبره بهذا الميلان، ويشهد على هذا التقدم حتى لا ينكره المالك عند التقاضي. وهو رأي جمهور الفقهاء. وعبارة محمد في حكاية مذهب الأحناف: (وإذا مال حائط رجل أو وهى في الطريق الأعظم فقتل إنساناً فلا ضمان عليه فيه، من قبل أنه قد بناه في ملكه ولم يحدث في الطريق شيئاً. وما حدث من وهنه وسقوطه شيء من غير عمله. فإن كان أهل الطريق أو غيرهم تقدموا إليه في ذلك أو سألوه أن ينقضه فأخر ذلك حتى سقط فقتل إنساناً فهو ضامن لديته على عاقلته)[2] وفي مجمع الضمانات: (رجل مال حائط داره إلى الطريق أو إلى ملك إنسان فسقط وأتلف إنساناً أو مالاً، إن سقط قبل المطالبة والإشهاد لا ضمان عليه. وإن طولب بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما أتلف من نفس أو مال وشرط وجوب الضمان المطالبة بالإصلاح والتفريغ. ولا يشترط الإشهاد، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره)[3]. وفي مذهب المالكية رأيان في اشتراط التقدم، **أولهما**: أن مالك البناء إن لم ينذر لم يضمن، وفي رأي

---

(98) كشاف القناع: 124/4.

(99) السابق، والمهذب: 193/2.

(1) البحر الرائق: 403/8 وعلته فيما يذكر ابن نجيم منع الإجحاف.

(2) الأصل: 567/4.

(3) مجمع الضمانات: ص 182.

أشهب أن تعييب البناء إن بلغ حالة واضحة من الضعف، بحيث لم يكن (يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو ضامن وإن لم يشهد عليه)[4]. وعلى الرغم من اشتراط الإنذار والإشهاد على الإنذار فيما يذكره الدردير فإنه يشير إلى وجوب الضمان دون إنذار ولا إشهاد إذا اعترف المالك بالميلان وبالتفريط[5]. ويدل هذا التردد على ضعف مستند اشتراط التقدم والإشهاد.

499 ـ التقدم واشتراطه في الضمان: التقدم طبقاً لما عرفته به المادة 889 من مجلة الأحكام العدلية هو (التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وقوعه وإزالته قبل وقوعه). وحق التقدم إنما هو للمتضرر، فلو مالت الحائط إلى ملك رجل فالمطالبة له، وإن كان في هذا الملك سكان مستأجرون فهي من حقهم. أما إذا كان الميلان إلى الطريق العام فلكل أحد يجوز له الانتفاع بالطريق أن يتقدم إلى مالك الحائط المائل بنقضه وإصلاحه.

ولا تخفى أهمية التقدم في دفع الضرر قبل وقوعه. ويكشف عن هذه الأهمية درجة في القانون المدني المصري الجديد، 1949، خلافاً لما كان عليه الحال في القانون القديم؛ ففي المادة 2/177 من القانون المدني الجديد أنه (يجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الحظر. فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه). ويشير الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى اختلاف النص الوارد في مسئولية حارس البناء في القانون المصري عن نظيره الفرنسي في إعطاء حق المطالبة بدفع الضرر قبل وقوعه لمن يحتمل تأثره به إذا وقع[6]. ولا يخفى أن الفقه الإسلامي هو مصدر القانون المدني المصري في استمداد حق التقدم على هذا النحو، مما يدل على الأهمية العملية لهذا الحق في اتخاذ الإجراءات الواقية من الضرر قبل وقوعه.

500 ـ أما اشتراط سبق التقدم لجبر الضرر بعد وقوعه عند من اشترطه فلا تشهد له الأصول، بل تعارضه، لأن السبب في الضمان هو التعدي أو الإهمال والتقصير، ولو ثبت التقصير لم تنفه المطالبة كما أنها لا تثبته إذا انتفى. ولم يعهد اشتراطه في أنواع الضمانات. وقد صرح بعض من اشترطوا التقدم بأن مبناه على الاستحسان؛ ففي البحر الرائق أنه إذا مال حائط (إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه، وهذا استحسان. والقياس ألا يضمن، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى، لأنه لم يوجد منه فعل ولا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب،

---

(4) تبصرة الحكام: 347/2 .

(5) حاشية الدسوقي: 356/4.

(6) الوسيط: 1069/1 .

والضمان باعتبار ذلك فصار كما إذا لم يشهد عليه وبطل نقضه منه. ووجه الاستحسان ما روي عن علي وعن شريح والنخعي وغيرهم من أئمة التابعين ما قلناه. ولأن الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه، ورفعه في قدرته، فإذا طولب برفعه لزمه ذلك، فإذا امتنع مع التمكن صار متعدياً فيلزمه موجبه، ولأن الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام)[7]. ومقتضى بناء الضمان على الاستحسان اعتبار صاحب الحائط متعدياً لا لشغله هواء ملك الغير وفراغه، وإنما لامتناعه عن إفراغه بعد التقدم إليه ومطالبته به. ويخالف هذا المنطق مفهوم التعدي الذي يتعلق بفعل المحرم أو ترك الواجب، فهو الذي يستحق به المتعدي وصف العدوان، ولا يتوقف على فعل الغير من تقدم. ويبدو لي لهذا أن ما قاله ابن نجيم ليس هو وجه الاستحسان الذي أقام عليه فقهاء الأحناف اشتراط التقدم لإيجاب الضمان على حارس البناء.

ووجه هذا الاستحسان فيما يبدو لي أن هؤلاء الفقهاء قد اعتقدوا أن انهيار البناء إذا كان مستقيماً في أصله لا يرجع إلى فعل حارسه أو مالكه وإنما يرجع إلى العوامل الطبيعية من رياح وأمطار ومرور أزمان، فكيف يعتبرونه مسئولاً عما لا يعد من فعله؟ لكنهم بعد نفيهم مسئوليته عما ليس من فعله وجدوا بعض حالات الإهمال الواضحة التي يرى فيها الملاك مبانيهم وحوائطهم يشتد ميلانها ولا يتدخلون لإصلاحها فأثبت هؤلاء الفقهاء حق التقدم لمن يحتمل تضرره بسقوط هذه المباني المعيبة، وأوجبوا ضمان ما يتسبب فيه تهدمها من ضرر إذا رفض مالكوها الإصلاح بعد التقدم إليهم. وأساس هذا الاستحسان هو المصلحة، أو تقديم مصلحة العامة على الخاصة، ولا يخفى اعتباره شرعاً. ومع ذلك فإن هذا المعنى الذي يسوغ هذا الاستحسان أو العدول عن الأصل يوجب الضمان دون اشتراط التقدم أو الإشهاد. ولعل هذا هو ما استند إليه القائلون بوجوب الضمان مطلقاً.

501 ـ والحاصل أن الرأي القاضي بوجوب الضمان دون اشتراط التقدم أو الإشهاد هو الأقوى دليلاً والأوفق لقواعد الضمان الشرعية. ويتضح هذا من وجهين:

الأول: السبب في الضمان هو التعدي، وذلك بترك واجب أو ارتكاب محرم. وإنما تحمل الأضرار الناشئة عن المخالفة على المتعدي، طبقاً لما هو مقرر في الشريعة من مبدأ مسئولية الإنسان عن فعله.

الثاني: القاعدة الفقهية أن من ترك واجباً في الصون ضمن، فيجب إلقاء الضمان على مالك البناء أو حارسه إذا تهدم بتقصيره في صونه والعناية به. وإنما تجب عمارة الملك وصيانته أو تعهده بالإنفاق عليه إذا كان ذا نفس حية كالحيوان والرقيق أو تعلق به حق الغير

(7) البحر الرائق: 403/8.

كالمستأجر، فإن الآجر يجبر على عمارة المأجور وفعل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع بالمأجور. ويجب على المالك من باب أولى أن يتعهد بناءه منعاً للإضرار بالغير، لأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح. وإذا ثبت وجوب الصون على المالك كان تركه هذا الواجب مخالفة وتعدياً يوجب الضمان عليه. ولا تستقيم نظرية الضمان الفقهية في شتى جوانبها إذا اعتبرنا تقصير المدعي عليه غير موجب للضمان، وألقينا الضرر على من لحق به دون المتسبب فيه بتعديه وظلمه. والقاعدة أن الظالم أحق بالحمل عليه. وهذا هو الرأي المعتمد في هذه الدراسة، خاصة وأن مخاطر المباني في ظروف الحياة الحديثة قد تضاعفت مرات ومرات عما كانت عليه من قبيل، نتيجة التطورات الحديثة في التشييد والبناء، فلزم القول بالضمان عند أدنى تقصير، حماية للمصالح التي أرادها الشارع من فرض الضمان.

502 ـ وعلى الرغم من المحاولة البادية في القانون المدني العراقي للتعلق بصياغة المجلة العدلية فقد اتجه إلى الأخذ بما يقرب من هذا القول الذي رجحته؛ إذ جاء في المادة 235 أنه: 1 ـ (لو سقط بناء وأورث الغير ضرراً فإن كان البناء مائلاً للانهدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك أو كان يعلم بحالة البناء أوينبغي أن يعلم بها وجب الضمان. 2 ـ ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر. فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه).

503 ـ شروط تحقق المسئولية عن البناء: لا يشترط للمسئولية عن البناء طبقاً لما رجحه أبو إسحاق من الشافعية وبعض فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلا بتوافر ما يلي:

(أ) تهدم البناء تهدماً جزئياً أو كلياً. ويلتحق به أن يهدمه هو ويترك النقض في الشارع العام فيهلك به أحد أو يتلف به مال فإنه يضمن لتعديه. ومن جنسه أن يترك السلالم دون صيانة مع إذنه لأحد بالدخول، فيضمن الضرر الحادث للمأذون له بالدخول إذا كانت السلالم مهدمة على نحو ألحق به الضرر. وفي حاشية الجمل أنه لو حفر أحد بئراً (في دهليزه وسقط فيها من دعاه جاهلاً بها لنحو ظلمة أو عدم تغطية لها فهلك فإنه يضمن لتعديه)[8].

(ب) أن يكون تهدم البناء هو الذي أحدث الضرر وإلا لم يضمن. ولا يعد منه تضرر الجار على سبيل المثال بالتخوف من أيلولة المبنى للسقوط، وعدم إقدام أحد على الانتفاع بعقاره، وإن جاز له التقدم إلى المالك لترميم هذا المبنى منعاً للإضرار به. وكذا لا يعد منه التضرر بنشوب الحريق في المبنى فإن الشاغل للعين هو المسئول عن انتقال مثل هذا الضرر إلى الجار وليس الحارس.

(8) حاشية الجمل: 82/5.

(جـ) ألا يرجع التهدم إلى أمر لا يستطيع حارس العقار التحرز عنه. ويستطيع الحارس نفي مسئوليته بإثبات أن سقوط المبنى لا يرجع إلى مخالفته واجب الصيانة والترميم والإصلاح أو أنه كان لا يمكنه تجنب العوامل التي أدت إلى تهدمه. فإذا ثبت أن سقوط البناء راجع إلى زلزال أو إلقاء متفجرات لم يضمن المالك الضرر. أما لو غاب غيبة بعيدة، واحتاج المبنى إلى الإصلاح في غيبته وتهدم فيجب ضمانه، لأن الغيبة فيما يظهر لا تنفي واجب النفقة على الملك أو عدم الإضرار بالغير. وقد أوجب الفقهاء الضمان فيما لو نصب شركاً للصيد ثم مات، وتعثر به أحد بعد موته على نحو أضر به. وَيُسْتَأدى الضمان من تركته[9].

504 ـ المسئول عن البناء: ترجع المسئولية عن البناء حفظاً وصيانة وضماناً إلى مالكه، لأن إليه خراجه. وليس لغيره من مستعير ومستأجر ومرتهن حق التصرف فيه بنقض أو هدم شيء إلا بإذنه ولا ولاية لهم عليه فلا يتحملون الضمان. وقد نص الفقهاء على أن التقدم للمستأجر أو المرتهن لا يوجب شيئاً. يقول محمد بن الحسن: (إذا كانت الدار رهناً فتقدم إلى المرتهن في حائط مائل منها فلا ضمان على المرتهن لأنه لا يملك نقض ذلك الحائط. . وإذا تقدم إلى السكان في نقض الحائط فلا ضمان على واحد منهم. . من قبل أنهم لا يملكون أن ينقضوا ذلك الحائط. .)[10] ويشترط الذين يشترطون التقدم لإيجاب الضمان (أن يكون طلب التفريغ إلى من له ولاية النقض كالمالك والأب والجد والوصي في ملك الصغير. . وإلى الراهن في الدار المرهونة لأنه القادر على الهدم)[11].

ولا تنتفي مسئولية المالك عن ملكه بمجرد بيعه، وتستمر إلى حين انتهاء سيطرته الفعلية على مبناه بتسليمه إلى المشتري. وهذا واضح مما ذكره ابن نجيم في اشتراط (دوام القدرة إلى وقت السقوط، حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الإشهاد بريء من الضمان لعدم قدرته على النقض)[11]. والواجب أن يقع الضمان على الغاصب إذا سقط البناء أثناء حيازته له، إذا امتنع على المالك صونه وإصلاحه، لأنه حال بين المالك وملكه فيضمن. وللمتضرر مع ذلك أن يطالب المالك بالضمان وإن استقر على الغاصب بطلب المالك تضمينه.

505 ـ الضمان بنصب الجناح والميزاب: إذا أخرج صاحب الدار جناحاً أو ميزاباً أو

---

(9) أشار ابن نجيم إلى هذا الشرط بقوله: (ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة لئلا يؤدي إلى الإجحاف. وقال محمد لا تتحمل العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم في النقض وعلى أنه مات بالسقوط عليه وعلى أن الدار لفلان) البحر الرائق: 403/8.

(10) الأصل أو المبسوط لمحمد: 568/4.

(11) البحر الرائق: 403/8.

شرفة إلى ملك جاره أو إلى الطريق العام فأصاب أحداً بوجوده أو بسقوطه أو تسبب في إتلاف شيء كان متعدياً ويضمن عند الأحناف؛ ففي مجمع الضمانات أن من (وضع في الطريق حجراً أو جذعاً أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعاً أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفاً أو جناحاً أو ميزاباً أو ظلة فعطب به إنسان كان ضامناً. فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذي أحدثه في الطريق، وصار كأنه دفع الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة)[12].

ويضمن عند الشافعية (ما تلف بجناح أو ميزاب خارج إلى شارع، لأن الارتفاق بالطريق والشارع مشروط بسلامة العاقبة.. ويحل إخراج الميازيب العالية التي لا تضر المارة إلى شارع وإن لم يأذن الإمام لعموم الحاجة إليه. والتالف بها مضمون في الجديد. وكذا بماء تقطر منها لما مر في الجناح. وكما لو وضع طيناً بالطريق ليطين به سطحه مثلاً وقد خالف العادة فإنه يضمن من يزلق به. وفي القديم لا ضمان فيه لضرورة تصريف المياه)[13]. ولا فرق في وجوب الضمان على الجديد من مذهب الشافعي بين إخراج من يرى البعض جواز إخراجه إلى الطريق كالميازيب لعموم الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وبين إخراج ما لا يحل إخراجه، كالجناح والشرفة. ويجب الضمان بمجرد هذا الإخراج، (سواء كان يضر أم لا، أذن فيه الإمام أم لا، لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة، ولو تناهى في الاحتياط فجرت حادثة لا تتوقع أو صاعقة سقط بها)[14]. أما القديم من مذهب الشافعي فيجب الضمان بإخراج ما لا يجوز إخراجه إلى الشارع أو ملك الغير كجناح وشرفة وبروز خلافاً لما يجوز إخراجه كميزاب عال لا يضر بالمارة، إلا إن أهمل في وضعه.

ويتفق الحنابلة مع الجديد من مذهب الشافعي في وجوب الضمان مطلقاً بنصب ما يخرج من البنايات؛ ففي كشاف القناع أنه (إن أخرج إنسان جناحاً، وهو الروشن؛ أو ميزاباً ونحوه كساباط وحجر برز به في البنيان إلى طريق نافذ مطلقاً، إلا بإذن الإمام أو نائبه في جناح أو ساباط أو ميزاب بلا ضرر، أو أخرج ما ذكر في درب غير نافذ بغير إذن أهله فسقط على شيء فأتلفه ضمن)[15].

أما المالكية فيرون أن اتخاذ الميزاب والظلة أمر جائز شرعاً للضرورة، فإن سقط أي منهما (على شيء فأتلفه من نفس أو مال فلا ضمان على ربه أصلاً مطلقاً، بل هدر)[16].

---

(12) مجمع الضمانات: ص 176.

(13) حاشية الجمل: 84/5.

(14) مغني المحتاج: 85/4 .

(15) كشاف القناع: 124/4، وانظر المغني: 831/7.

(16) حاشية الدسوقي: 356/4.

ويقيد بعض المالكية عدم الضمان في هذه المسألة بفوات الشروط المعتبرة في ضمان الحائط المائل، وهي الإنذار والإشهاد والاستقامة في الوضع الأول[17] والأرجح وجوب الضمان بنصب ما يخرج إلى الشارع أو مـلك الغير وإن أذن له فيه لأن الإذن مقيد بالسلامة.

506 ـ مفهوم الخطأ في ضمان المباني: نص ابن نجيم على اشتراط محمد بن الحسن عدة شروط لضمان الضرر الناشىء عن التهدم، منها إثبات علاقة السببية بين الضرر وبين سقوط البناء أو تهدمه وإثبات أن البناء للمدعى عليه[18]. وإذ ترجح عدم اشتراط التقدم طبقاً لمذهب بعض الفقهاء فإن خطأ المالك الذي يوجب الضمان خطأ مفترض لا ينتفي إلا بإثبات التحوط والعناية، إلا في خارجات البنيان وبروزه إلى ملك الغير أو الشارع، حسبما أخذ به الشافعية. ومعناه أن تهدم البناء يدل على خطأ المالك في صيانته والعناية به. ومع ذلك فإن إثبات المالك أن التهدم لا يرجع إلى خطئه وإنما يرجع إلى سبب لا يمكن تحرزه، كزلزال أو حرب، مما يدفع عنه الضمان وينفيه، لأن القاعدة العامة أن ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه. لكن افتراض خطأ المالك في خارجات البنيان، كالميازيب والأجنحة، طبقاً لمذهب الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف خطأ لا يمكن نفيه، لما فيه بذاته من التعدي بشغل مالك الغير، حتى لو أثبت المالك تحوطه الكامل في العناية بخارجات بنائه، وأن تهدمه كان بحدوث أمر غير متوقع أو صاعقة لم يفلت من الضمان، حسبما سبق من نص كلام صاحب مغني المحتاج.

507 ـ في القانون الانجليزي: تناقش مسئولية المالك عن بنائه تجاه المارين من حوله في القانون الإنجليزي في موضوع الإيذاء Nuisance. أما مسئوليته تجاه الداخلين إلى ملكه بإذنه فقد ضبطها قانون صدر عام 1975 بعنوان The Occupier's Liability Act. وقد حظي الحائز للبناء بقدر من الحرية في التعامل مع ملكه في ظل سيادة فلسفة الحرية الاقتصادية في القرن الماضي، واتجه النظر إلى العناية الواجبة عليه تجاه الداخلين إلى ملكه على أساس علاقتهم به بدلاً من النظر إلى طبيعة الأخطار المترتبة على الدخول، فأوجب القانون العرفي أقصى درجات الرعاية لمن يدخلون إلى ملك الغير بعقد، بحكم ما يتضمنه العقد من ضمان لسلامتهم، كنزلاء الفنادق. ويليهم في درجة العناية الواجبة المأذون لهم بالدخول لمنافع مشتركة كالعملاء الذين يدخلون محلاً للشراء أو غيره. أما المأذون لهم بالدخول لتناول الشاي أو لقضاء ببعض الوقت فقد كان لهم من الرعاية أقل مما وجب لغيرهم. وقد أدرج قانون 1957 هذه الأصناف في فريقين، أولهما المأذون لهم بالدخول Lawful Visitors[19]، وغير المأذون لهم Unlawfwl Visitors.

(17) الخرشي. 111/8 وما بعدها.

(18) البحر الرائق: 403/8.

(19) Tort Law, Dias and Markesinis, P. 127.

وإذ يفضل هذا القانون مصطلح الحائز Occupier للتعبير عن المسئول عن البناء، خلافاً للقانون الفرنسي الذي عبر عن هذا المسئول بالحارس Keeper فإنهما يتشابهان في تحديده وفي أن المقصود به هو الشخص الذي ينعم بالسيطرة Control على المبنى وحق التدخل لإصلاحه وصيانته ويعرفه سلموند Salmond بأنه هو الشخص الذي يملك السلطة والإشراف المباشرين على البناء والإذن لأحد بالدخول ومنع غيره. وبعبارة أخرى فإنه هو الذي يجوز له أن يقول لشخص: (تفضل بالدخول). ولهذا فإن المالك والمستأجر والنزيل حائزون للعقار، ويقع عليهم واجب الرعاية للمأذون بدرجات مختلفة. وقد استندت المحكمة إلى تعريف الحائز على هذا النحو للحكم بعدم الضمان عام 1966 في قضية Wheat v. Lacon & Co. Ltd، حيث كان للمدعي عليه فندق عهد به إلى أجير يديره على نحو يقدم فيه المشروبات للعملاء في الدور الأرضي من هذا الفندق، مع تخصيص الدور العلوي لسكن هذا الأجير وزوجته والنزلاء الذين يدفعون أجرة إقامتهم. وقد أصيب أحد هؤلاء النزلاء أثناء ارتقائه الدرج الموصل إلى الدور العلوي، لعيب في حاجزه. ولما رفعت أرملته الأمر إلى القضاء رئي أنه كان على مدير الفندق وزوجته أن يتأكدا من سلامة حاجز الدرج الذي كان ينتهي قبل آخر درجة، ومن إضاءة هذا الدرج. غير أن أحداً لم يستشعر خطورة تعيب الحاجز قبل وقوع هذا الحادث، كما أن أحد الأشخاص قد سرق المصباح الكهربائي الذي يضيء الدرج بعد مرور مدير الفندق وقبل الحادث، مما أدى إلى إظلام الدرج وتعثر زوج المدعية وسقوطه. وأسندت المحكمة الخطأ القاتل إلى هذا الفعل، ونفت الضمان عن هذا المدير وزوجه حتى لا يتحملا مسئولية فعل الغير[20].

ولا يضمن حائز البناء في القانون الانجليزي ضرر الداخل إلى ملكه بدون إذنه، ففي قضية Great Central Railway Co. v. Bates قضت المحكمة عام 1921 بنفي ضمان (صاحب مخزن) الضرر الناشيء لشرطي دخل هذا المخزن دون إذن صاحبه بقصد وضع دراجة وجدها خارجه في مكان أكثر أمناً، فوقع في حفرة كانت في هذا المخزن. وإنما لم يجب الضمان لأن صاحب هذا المخزن لم يأذن للشرطي بالدخول، فلا يتجه عليه واجب رعايته[21].

أما الخارج من البنيان فيجب ضمان مثبته ولو بذل جهده في صيانته؛ ففي قضية Tarry v. Ashton قضت المحكمة عام 1876 م بتعويض المدعي عما أصابه من ضرر بوقوع مصباح مثبت في ملك المدعى عليه مع بروزه إلى الشارع. ورغم أن المدعى عليه قد

---

(20) السابق: ص 129, 230, 237 وانظر Tort Cases and Materials, Hepple and other P. 230.

(21) Tort Law, P. 131.

أرسل أحد الفنيين لإصلاح العيب الذي أدى إلى سقوط هذا المصباح فإن ذلك لم ينف عنه الضمان. وفي قضية أخرى مشابهة هي قضية Wring v. Vohen رأت المحكمة عام 1940 الحكم بالضمان رغم أن المصباح المثبت كان في ملك المدعى عليه. وقد ذهبت المحكمة إلى أنه لا فرق بين إطلال المصباح على ملك المدعى أو الشارع ما دام أن سقوطه إلى الشارع هو الذي أحدث الضرر، شريطة العلم أو وجوب العلم باحتمال التضرر به.

ثانياً: المسئولية عن سقوط الأشياء من المباني وعن الآلات والأدوات

508 ـ ضمان ما يلقى أو يسقط من المباني: نصت المادة 231 من القانون المدني العراقي على أن (كل من يقيم في مسكن يكون مسئولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر). وتفيد هذه المادة ما يأتي:

(أ) المسئول عن الإلقاء أو السقوط، بلا فرق، هو الحائز للبناء، سواء كان مالكاً أم مستأجراً أو مرتهناً أو غاصباً.

(ب) طبيعة العمل الموجب للضمان هو إلقاء الأشياء أو سقوطها من البناء.

(جـ) أساس الضمان هو افتراض خطأ الحائز افتراضاً قابلاً لنفيه بإثبات اتخاذ (الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر)، حسبما جاء في المادة المذكورة.

509 ـ وقد نص الفقهاء على وجوب الضمان بإلقاء الأشياء الضارة بالغير مطلقاً. وفيما يلي بعض هذه النصوص.

ـ لو صب في الطريق (ماء فانجمد فزلق به إنسان أو ذاب ثم زلق ضمن)[22].

ـ (ألقى قشراً في الطريق فزلقت بـه دابة ضمن)[23].

ـ (من مات له بهيمة في الطريق كفرس عليه نقلها منها.. ولو مات في داره لم يجز له طرحها في الطريق.. ولم يذكر في الروضة تحريم وضع القمامة في الطريق، وإنما ذكر الضمان به)[24].

ـ لو وضع ما يزلق به أحد كماء أو قشر بطيخ فهلك به (إنسان أو غيره فالدية.. على

(22) مجمع الضمانات: 164.

(23) السابق: 149.

(24) حاشية الجمل: 84/5.

العاقلة والقيمة في غيره)[25]، إلا أن يقصد شخصاً بعينه ويتلف به المقصود فيقتص من الفاعل عند المالكية.

أما سقوط الأشياء الضارة من السقوف والمباني وتصادف سقوطها على المارة فيجب الضمان إن أخطأ الحائز، طبقاً لقواعد المسئولية في الشريعة، إلا أن يثبت اتخاذ ما يلزم من التحوطات لمنع سقوطها. وإذا كان الظاهر إهماله في حفظ الشيء الذي سقط فإن المتضرر لا يكلف إثبات خطأ المدعى عليه، ويكلف المدعى عليه بنفي افتراض خطئه، لأنه يدعي خلاف الظاهر. ولا يضمن إذا أثبت أنه لم يخطىء.

510 ـ المسئولية عن الآلات في الفقه الإسلامي: التفتت النظم القانونية الحديثة إلى تنظيم هذه المسئولية بوجه خاص بعد التطور الصناعي الضخم الذي يعد من السمات المميزة لهذا العصر، لتعدد أوجه تدخل الآلات في الحياة الإنسانية في حقول الإنتاج والنقل والمواصلات، ولكثرة الحوادث الناشئة عن هذا التدخل. ومع أن استعمال الآلة واعتماد الإنسان عليها قديم قدم الحياة البشرية فإن الدكتور وهبة الزحيلي يرى أن الفقهاء المسلمين لم يتعرضوا للمسئولية عن الأدوات الآلية، (لعدم وجود حوادث ناشئة عن ذلك في عصرهم، لا لعجزهم، فلم يكن عهدهم عهد الآلة والتصنيع، ولم تحدث في زمنهم إصابات للعمال ونحوهم)[26]. غير أن هناك عدداً من المسائل التي بحثها الفقهاء المسلمون على طريقتهم في اختيار أشكال معينة للتعبير عن مضامين عامة، مما يجب الالتفات إليه عند تقدير موقفهم من المسئولية عن الجمادات والأدوات الآلية. ومن أكثر هذه المسائل وروداً في الكتب الفقهية والتي تدل على مذاهبهم في هذا النوع من المسئولية ما يلي:

(أ) ضمان الملاح: الملاح أجير مشترك فيضمن عند أبي حنيفة إذا شرط عليه الضمان[27]، كما يضمن عنده ما تولد من فعله. أما إذا لم يشترط عليه الضمان ونشأ الضرر بغير فعله فإنه لا يضمن عند أبي حنيفة وإن كان بوسع الأجير أو الملاح التحرز من الضرر. ويجب عليه الضمان في مذهب أبي يوسف ومحمد مطلقاً إذا شرط عليه الضمان، وفي كل ما كان بوسعه التحرز عنه إذا لم يشترط عليه الضمان[28]. وهو مذهب المالكية. وعلى هذا

---

(25) حاشية الدسوقي: 244/4.

(26) نظرية الضمان: ص 258.

(27) مجمع الضمانات: ص 90.

(28) للعلماء ثلاثة مذاهب في حكم ضمان الأجير المشترك، أولها: أنه لا يضمن إلا بشرط التعدي أو التقصير، شأنه شأن الأجير الخاص، بحكم كونه أميناً. ولا يظهر التعدي إلا بإثبات المدعي وإقامته البينة، وهو مذهب الإمام الشافعي الذي كان يقول عنه الربيع: (الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيته أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم. ولم يكن يبوح بذلك خوفاً من الصناع). الأم: 88/7. =

لو عرفت السفينة من ريح أصابها أو موج أو جبل صدمها، ولم يكن بوسع الملاح التحرز من ذلك لم يضمن باتفاق أبي يوسف ومحمد ومالك، ويضمن إذا حدث التلف بعمله وقيادته السفينة بالاتفاق أيضاً[29]. ولو تصادمت سفينتان عجز ملاحوهما عن تفاديه فالقياس عدم وجوب الضمان، لقاعدة نفي الضمان بعدم إمكان التحرز عن الضرر. وقد حكاه الدردير مذهباً للمالكية، معقباً عليه بقوله: (لكن الراجح أن العجز الحقيقي في المتصادمين كالخطأ فيه ضمان الدية في النفس والقيم في الأموال بخلاف السفينتين فهدر، وحملا عند الجهل عليه لأن جريهما بالريح)[30]. ولو كان جريهما بآلة ذاتية كما هو الحال في أكثر السفن الآن انتسب الفعل إلى الملاحين ووجب عليهما الضمان. وفي مجمع الضمانات أن (أرباب السفن إذا أوقفوها على الشط فجاءت سفينة فأصابت السفينة الواقفة فانكسرت السفينة الواقفة كان ضمان الواقفة على صاحب السفينة الجائية. فإن انكسرت الجائية لا يضمن صاحب الواقفة، لأن الإمام أذن لأرباب السفن بإيقاف السفن على الشط فلا يكون تعدياً)[31].

ويخرج على مثل هذه الأحكام الأضرار الناشئة عن الآلات الذاتية الحركة كالسيارات والشاحنات؛ فمن أوقف سيارته في الطريق العام في غير المكان المُعَدّ للوقوف فاصطدمت بها أخرى وجب الضمان على الواقفة إن لم ينسب فعل قائد المتحركة إلى الإسمال، وإلا تقاسما الضمان بنسبة الخطأ. ولو أوقفها ناسياً رفع آلة التثبيت (الفرامل) فتدحرجت السيارة وصدمت أحداً فإن الخطأ ينسب إليه. ولو ترك الباب مفتوحاً ومفاتيح السيارة في مكان التشغيل فجاء صبي وأعمل محركها فانطلقت وأصابت شيئاً ففي ضمانه أو ضمان الصبي تردد مبناه إضافة الضرر إلى خطأ الصبي أو مالك السيارة الذي كان عليه أن يحكم إغلاقها.

(ب) حفظ السهام والأدوات المماثلة: روي عن أبي موسى الأشعري أن رسول الله

= وهو قول أبي حنيفة وزفر، الهداية 244/3. والثاني وجوب الضمان على الأجير المشترك مطلقاً، تقديماً للمصلحة العامة على الخاصة. وكأن أساس الضمان على هذا المذهب هو تحمل التبعة في الاصطلاح القانوني الحادث أو المصلحة. ويشهد لهذا الأساس في الفقه قاعدة الغرم بالغنم والغنم بالغرم. وهو مذهب شريح وابن أبي ليلى، ففي الأم: (وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح، فضمن قصاراً احترق بيته، فقال: تضمنني وقد احترق بيتي؟ فقال شريح: أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرتك). الأم: 87/7. والثالث: الحكم بضمان الأجير المشترك ما تلف منه إلا ما كان بسبب لا يمكن التحرز عنه. وهو مذهب الصاحبين والإمام مالك، كما أنه هو مذهب كثير من الصحابة، وكان علي رضي الله عنه يحكم به ويقول: لا يصلح الناس إلا ذلك. المنتقى، شرح الموطأ: 71/6، والهداية 244/3، ومجمع الضمانات: ص 27 ومعين الحكام ص 200، وتبصرة الحكام: 330/2.

(29) مجمع الضمانات: ص 48.

(30) حاشية الدسوقي: 248/4.

(31) مجمع الضمانات: ص 150.

ﷺ قال: «من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا، ومعه نبل فليمسك أو ليقبض على نصالها بكفه أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء». وإنما تلك الزيادة في التحوط لزيادة الضرر المتوقع حدوثه عند الإهمال. ومن تطبيقاته أنه (لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأتلف عضو إنسان يضمن)[32]. ويضمن الصبيان لو كانوا يلعبون بالسهام فأصاب أحدهم عين امرأة كانت تمر في الطريق[33]. وقد نصوا كذلك على أنه لو وضع سكيناً في يد صبي فعثر بها ووقع عليها يضمن[34]. ومن جنسه ما لو وقع سرج الدابة في الطريق على أحد أن حارسها يضمن[35]. ولو أخرج الحداد (الحديدة من الكير، وذلك في حانوته، فوضعها على العلاة، وضربها بمطرقة فخرج شررها إلى طريق العامة فأحرقت رجلاً أو فقأت عينه فديته على عاقلته. ولو أحرقت ثوب إنسان فثمنه في ماله. ولو لم يضربها بالمطرقة ولكن الريح أخرجت شررها فأصاب ما أصاب فهو هدر)[36]. وقال أبو حنيفة (إذا مشى في الطريق وهو لابس سيفاً أو طيلساناً فسقط منه على إنسان فتلف به أو وقع في الطريق فعثر به إنسان فلا ضمان. ولو كان حاملاً له فحدث شيء من ذلك فهو ضامن. وقال محمد إذا لبس ما لا يلبسه الناس فهو ضامن بمنزلة الحامل). ولو وضع (كناسة في الطريق فتلف به إنسان ضمن)[37]. والاختلاف في اللبس والحمل كما جاء في بدائع الصنائع أن (في اللبس ضرورة، إذ الناس يحتاجون إلى لبس هذه الأشياء. والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمين. ولا ضرورة في الحمل، والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن)[38].

(جـ) **التعدي بوضع المتسبب في الضرر**: قياس مذهب أبي حنيفة في إطلاق حرية المالك في ملكه أن من وضع خشبة أو جرة على سطح داره، ولو في موضع متطرف لا يؤمن سقوطها منه، لا يضمن ما يتلف بسقوطها إلى ملك الغير أو إلى الشارع العام. لكن مذهب الحنابلة أن من وضع جرة أو خشبة على جداره أو في مكان متطرف من شرفته فسقطت وأتلفت شيئاً أنه يضمن، لأنه هو الذي تسبب في سقوطها بوضعها على هذا النحو، فصار كما لو بنى جداراً مائلاً من أول الأمر[39].

(32) مجمع الضمانات: ص 170.
(33) مجمع الضمانات: ص 173.
(34) السابق: ص 172.
(35) البحر الرائق: 41/8.
(36) معين الحكام: ص 206.
(37) السابق: ص 211.
(38) بدائع الصنائع: 271/7.
(39) المغني: 830/7.

511 ـ والمدار في وجوب الضمان في هذه الأمثلة على التعدي، فمن يلبس سيفه في حمالته على النحو المألوف في أيامهم لا يكون متعدياً، ولو سقط منه لا يكون متعدياً، لعدم إمكان التحرز، خلافاً لمن يتخذ مسدسه على هذا النحو في أيامنا فإنه يعد متعدياً بسقوطه لإمكان التحرز. وكذا الحداد يضرب الحديدة المحمية بمدقته فتطير شرارتها، وتضر بأحد. وكذا انفلات الفأس والسهم والنبل والقذيفة من المسدس يعد كله من التعدي، لإمكان التحرز. ويتضح التعدي في هذه الأمثلة بالرجوع إلى التفريق بين المباشر والمتسبب، والظاهر من الفعل الضار بالمباشرة هو التعدي، فلا يكلف المتضرر بإثباته لكونه هو الظاهر. توضيحه أنه لو وقع شخص على آخر فأضره لم يكلف المضرور بإثبات أنه غير مدفوع في هذا السقوط، ولو ادعاه المدعى عليه وجب عليه هو نفي الضمان عن نفسه. والقاعدة التي جاءت في المادة 77 من المجلة العدلية أن (البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل). وينسب الاستضرار بالآلات إلى المباشرة غالباً، لأنها لا تتصرف بنفسها ولا اختيار لها فيضاف ما ينشأ عنها إلى المستبد بها. أما ما يعد من التسبب فيجب بوجه العموم إثبات التعدي أو الخطأ لوجوب الضمان. فالتعدي مفترض في المباشرة وواجب الإثبات في التسبب.

512 ـ سبب وجوب الضمان فيما ينشأ عن الآلات: تقوم المسئولية عن الأدوات والآلات عند الفقهاء المسلمين في تصور الدكتور وهبة الزحيلي على الأساس الذي تقوم عليه المسئولية في الفقه بوجه عام، وهو التعدي أو الخطأ. يقول عن هذه المسئولية: (أرى أن المحكم في شأنها فقهاً هو القواعد العامة في الضمان، فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد، كما يسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان متعدياً بالتعمد أو بالتقصير أو عدم التحرز في الإضرار أو الإهمال)[40].

أما مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فقد تضمنت مادته رقم 179 الأخذ بأساس آخر لإقامة هذه المسئولية غير أساس التعدي أو الخطأ مفترضاً أو ثابتاً. ونص هذه المادة: (كل من تولى حراسة شيء يكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من ضرر للغير، سواء أكان هذا الشيء حيواناً أم جماداً، وسواء أكان عقاراً أم منقولاً). وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة هجوم على الأساس الذي تقوم عليه المسئولية عن الآلات والأشياء في القانون المدني المعمول به في مصر حالياً[41]. وما جاء بهذا الخصوص في هذه المذكرة أن القاعدة التي تقررها المادة المقترحة (قاعدة موضوعية.. وليست قاعدة إثبات. ومن ثم فهي لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ الحارس. وما يقال من أنها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس قول ليس له معنى قانوني. فهو ليس إلا تعبيراً غير

---

(40) نظرية الضمان: ص 258.

(41) المواد: 176, 177, 178.

سليم عن قاعدة موضوعية. ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها. إذ الدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس. فإذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية). ويردد هذا النقد القائلون بوجوب بناء هذا النوع من المسئولية على أساس نظرية تحمل التبعة.

أما الأساس الذي تقوم عليه هذه المسئولية حسبما جاء في هذه المذكرة فهو مبدأ التضامن الاجتماعي، (فهي مسئولية أساسها الضرر وليس الخطأ. وبذلك توفر حماية للمضرور أكثر من تلك التي توفرها النصوص المقابلة في التقنين العراقي والتقنين الأردني.. وقيام هذه المسئولية على فكرة التضامن أو التكافل الاجتماعي، باعتبار أن أساسها الضرر وليس الخطأ، يجعلها متفقة مع القاعدة الشرعية التي تدعو إلى التكافل الاجتماعي)، وهي قاعدة الغرم بالغنم والغنم بالغرم.

513 ـ ولا اعتراض لي على ابتناء ضمان الأضرار الناشئة عن الآلات من سيارات وطائرات ومصاعد على المصلحة وحفظ النفوس والأموال في اجتهاد جديد لا ينسب إلى الفقهاء. وقد أسس شريح وابن أبي ليلى ضمان الصناع على المصلحة وعلى قاعدة الغرم بالغنم، مما قد يؤيد هذا الاجتهاد الجديد، لكن ما أود أن أذكر به أن أساس المصلحة ليس بديلاً لأساس التعدي في نظام الضمان الفقهي، وإنما هو مكمل له، حتى يؤدي هذا النظام وظيفته في ضبط الأداء الاجتماعي عن طريق تحميل الظالم نتيجة ظلمه وإلقاء تكلفة تعديه على عاتقه. وإذا كان لهذا الاعتبار وجه فمن الواجب أن تنفصل تطبيقات نظام الضمان عن مقتضيات التكافل الاجتماعي، حتى يمكن العمل على محاسبة المخطىء أولاً بإلقاء الضمان عليه، مع النظر في وسائل رفع الضرر عن المصابين الذين لا يسعفهم نظام الضمان الفقهي. لقد سبق التنبيه إلى سمة ذات فائدة خاصة في هذا النظام، هي الفصل بين تحديد المسئول عن الفعل وبين الجهة التي تتولى جبر الضرر؛ فالعاقلة هي التي تتولى أداء الواجب في كثير من الإصابات وهي ليست مسئولة عنها مطلقاً، بل المسئول هو المباشر أو المتسبب في الإصابة. وأخلص من هذه الملاحظات العامة إلى ما يلي:

(أ) يجب العمل على تعيين المخطىء أو المعتدي الذي يرجع إليه السبب في الأضرار الناشئة عن الآلات أو الأدوات الخطرة. وسيعد أدنى إهمال في التحوط والعناية مثبتاً للخطأ، حيث أوجب الشارع زيادة الحذر والحيطة بزيادة احتمال الضرر، طبقاً لما دل عليه حديث أبي موسى الأشعري.

(ب) يجب إلقاء التعويض على الجاني أو عاقلته طبقاً للأسس الفقهية، مع وضع نظام العاقلة وضعاً يناسب ظروف الحياة الحديثة. وأحسب أن إلقاء هذا العبء على بيت المال فيه إضافة عبء غير قليل على ميزانية الدولة، إلا إذا أنشىء صندوق خاص يتبع بيت

المال ويشترك فيه الناس بدفع رسوم تتحدد وفقاً للمستوى الاقتصادي الخاص بالمشترك وأعماله التي يقوم بها والتعويضات التي تسبب في تحميلها على الصندوق.

(جـ) الإصابات التي لا يجري تعويضها في إطار نظام الضمان لوقوعها بخطأ من أصحابها، أو لعدم معرفة المتسبب فيها، كما في أحوال اختفاء أصحاب السيارات المتسببة في الحادث، يجري تعويض أصحابها على أساس آخر غير أساس التعدي أو الخطأ، سواء بالرجوع إلى مبدأ التكافل الاجتماعي أو نظام التأمين التعاوني.

(د) يجوز لولي الأمر فيما يظهر لي إلقاء الضمان عما يعرض للعمال من إصابات أثناء عملهم، بخطئهم هم أو بخطأ زملائهم أو عند عدم العلم بالسبب، على أرباب الأعمال، وذلك يحث العمال وأرباب العمل على اشتراط الضمان في عقد العمل، أو بإنشاء صندوق خاص لهذا الأمر تفرض نفقته على أصحاب المشروعات، حسب أعداد العمال وخطورة العمل الذي يقومون به. ومستنده قاعدة تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة. وهذه القاعدة كما لا يخفى من الأصول الشرعية العامة المأخوذة من نصوص الشريعة بطريق القطع.

المراجع

(أ) باللغة العربية

ـ أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق الأستاذ علي البيجاوي، طبعة الحلبي 1967.

ـ الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، دار الكتب العلمية بلبنان، الطبعة الأولى 1405-1985.

ـ أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور طلبة وهبة خطاب، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي.

ـ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، تعليق عبد العزيز محمد الوكيل، نشر مؤسسة الحلبي 1387 م ـ 1968 م.

ـ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1399-1979 م.

ـ الأصل أو المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني، نشر أبي الوفا الأفغاني في خمسة أجزاء، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي.

ـ إعلاء السنن للعلامة ظفر أحمد العثماني، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي.

ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة.

ـ الأم للإمام الشافعي، طبعة الشعب المصورة.

ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ت 885، تصحيح محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية 1400-1980 م.

ـ أنوار البروق في أنواء الفروق لشهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، طبعة دار المعرفة، مصورة عن طبعة عيسى البابي الحلبي 1946، وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية.

ـ البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، طبعة دار المعرفة ببيروت.

ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الطبعة الأولى 1328-1910.

ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، نشر المكتبة العلمية بلاهور.

ـ بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي على الشرح الصغير لأبي البركات أحمد الدردير، طبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام لابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي بن القاسم، مطبوع على هامش فتح العلي المالك للشيخ عليش طبعة الحلبي 1378 هـ.

ـ تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق للزيلعي، طبعة بولاق 1315، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي.

ـ تحرير الوسيلة للخميني الموسوي، مؤسسة مطبوعات دار العلم بقم، إيران، بدون تاريخ.

ـ تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، محمود بن أحمد، تحقيق الدكتور أديب صالح مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة 1402 هـ ـ 1982 م.

ـ التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي للمرحوم عبد القادر عودة، بيروت، مصورة عن الطبعة الأولى.

ـ تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة للدكتور المكاشفي طه الكباشي الزهراء للإعلام العربي 1407 هـ ـ 1986 م.

ـ تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية للدكتور سامي حمود، الطبعة

الأولى، دار الاتحاد العربي للطباعة، 1396-1976.

- التعسف في استعمال الحق: معياره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، للدكتور محمد شوقي السيد، نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1979.

- تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت، بدون تاريخ.

- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني، المكتبة الأثرية، باكستان.

- تهذيب الأسماء واللغات للنووي، دار الكتب العلمية ببيروت مصورة عن طبعة المطبعة المنيرية.

- التوضيح شرح التنقيح لعبيد الله بن مسعود، ومعه التلويح لسعد الدين التفتازاني، ومعه شرح الشرح، طبعة نور محمد بكراتشي سنة 1400 هـ.

- تيسير التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لأمير بادشاه، محمد أمين، ومؤلف كتاب التحرير هو ابن الهمام. طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر 1351 هـ.

- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي للمرحوم محمد أبي زهرة، طبع دار الفكر العربي، بدون تاريخ.

- جامع الفصولين للإمام محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة، الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة 1300 هـ.

- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، أبي عبد الله بن أحمد الأنصاري، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة 1387-1967 عن طبعة دار الكتب المصرية.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبع دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ.

- حاشية الجمل على شرح المنهج، للشيخ سليمان الجمل، وشرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.

- حاشية الخرشي، علي بن أحمد بن مكرم العدوي، طبعة البابي الحلبي، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي المالكي على هامش حاشية الخرشي.

- الخراج لأبي يوسف، يعقوب بن إبراهيم، المطبعة السلفية بالقاهرة، الطبعة الثالثة 1382 هـ.

- رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، محمد أمين بن عمر، طبعة الحلبي 1386، وطبعة استنبول.

- الروض المربع، شرح زاد المستقنع للبهوتي، منصور بن يونس، مطبعة السنة المحمدية.

- زاد المعاد في هدى خير العباد لابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة عشرة 1407-1986.

- السببية في القانون الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة، للدكتور رؤوف عبيد، الطبعة الثالثة 1974، دار الفكر العربي.

- شرائع الإسلام للحلي، جعفر بن الحسن بن أبي بكر الهذلي، مطبعة الآداب في النجف الأشرف 1389 هـ - 1969 م.

- شرح المجلة لسليم رستم باز، الطبعة الثالثة، تركيا 1305.

- الضمان في الفقه الإسلامي للمرحوم الشيخ علي الخفيف، نشر معهد البحوث والدراسات العربية.

- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية، مكتبة السنة المحمدية بالقاهرة، 1372 هـ.

- علاقة السببية في المسئولية المدنية للدكتور عبد الرشيد مأمون، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.

- غمز عيون البصائر لأحمد بن محمد الحموي، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي بدون تاريخ.

- الفتاوى الغياثية للشيخ داود بن يوسف الخطيب الحنفي، وبهامشه فتاوى ابن نجيم، دار الطباعة المنيرية ببولاق 1322 هـ.

- فتح القدير، شرح الهداية لابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفي ت 681 مع تكملته نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لقاضي زادة، مع الكفاية على الهداية لجلال الدين الخوارزمي، ومعه أيضاً شرح العناية على الهداية للبابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، وحاشية سعدى حلبي.

- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للزرقا، مصطفى أحمد، دار الفكر بيروت 1384.

- الفقه الإسلامي المقارن للدكتور فتحي الدريني، نشر جامعة دمشق، كلية الشريعة والقانون بدون تاريخ.

- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، طبعة المكتبة العلمية بالمدينة المنورة 1397-1977.

- فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور فكري أحمد عكاز، عكاز للنشر والتوزيع 1402 هـ - 1982 م.

- القانون في أمريكا، برنارد شفارتز، ترجمة ياقوت العشماوي، نشر دار المعارف بمصر، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.

- القواعد في الفقه الإسلامي لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى 1391-1971.

- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى بباكستان 1982، نشر إدارة ترجمان السنة بلاهور.

- القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام.

- القواعد الفقهية، ميرزا حسن الموسوي البجنوري، مطبعة الخيام، قم 1402 هـ.

- القوانين المدنية والجنائية لعدد من البلاد العربية.

- كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض في ستة مجلدات.

- لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة، أبي الوليد محمد بن أبي الفضل، مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية 1393-1973، وهو في مجلد واحد مع معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي.

- المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مفلح، نشر المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 1399-1979.

- المبسوط للسرخسي، دار المعرفة ببيروت، ومعه فهارسه بإعداد الشيخ خليل الميس.

- مجلة الأحكام العدلية.

ـ مجلة الأحكام الشرعية، لأحمد بن عبد الله القاري، نشر تهامة بالمملكة العربية السعودية، 1401-1981.

ـ مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، لأبي محمد بن غانم البغدادي، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر 1308.

ـ المحلى لابن حزم، الطبعة الأولى 1351 هـ.

ـ المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن للدكتور سيد أمين.

ـ المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، حسن عكوش، طبعة دار الفكر الحديث 1970.

ـ المسئولية المدنية للأستاذين حسين عامر وعبد الرحيم عامر.

ـ المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والفرنسي والمصري لعبد السلام التونجي، سوريا 1385 هـ ـ 1966 م.

ـ مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا، طبعة 1304.

ـ المسند لأحمد بن حنبل الشيباني، ببيروت المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية 1398 هـ.

ـ المصنف لابن أبي شيبة، أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تصحيح مختار أحمد الندوي ونشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي 1406-1986.

ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري، نشر معهد الدراسات العربية.

ـ المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين البصري، بتقديم الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية بلبنان، الطبعة الأولى 1398-1978.

ـ المغني لابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة، ومعه الشرح الكبير لأبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المقدسي، طبعة دار الكتاب العربي ببيروت 1403-1983.

ـ مغني المحتاج للخطيب، محمد بن أحمد الشربيني، طبعة مصطفى البابي الحلبي 1377.

ـ المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين

فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه للشيخ سيد عبد الله علي حسين. الطبعة الأولى 1368-1949.

ـ المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي، عيسى البابي الحلبي بدون تاريخ.

ـ نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية 1397-1977.

ـ نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى 1389هـ ـ 1970 م.

ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي للرملي، نشر المكتب الإسلامي، ومعه حاشيتا الشبراملسي والمغربي الشامي.

ـ نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار للشوكاني، طبعة دار الجيل، بيروت 1973.

(ب) باللغة الانجليزية

- A History of English law; Holdsworth, Sweet and Maxwel 1977.

- Foundations of the Law of Torts, Glanville Williams B.A. Hepple, Butterworths, 2 nd edition.

- Jurisprudence by Salmond, London, Sweet & Maxwell, 1966.

- Remedies of English Law, F.H. Lawson, Butter worths, 2 nd edition.

- Tort, Hepple and Mathews, Butter worth, Third edition.

- Tort Law, Dias and Markesinis, Clarendon Press, Oxford, 1984.

- Tort Law, Cases and Economic Analysis, Richard A. Posner, Lihle Brown and Company 1982.

الفهرست

القسم الثاني: موجبات الضمان

1993/7/482